Der Anspruch des Geschäftsführers mit und ohne Auftrag auf Ersatz von Schäden

J 83

Der Anspruch des Geschäftsführers mit und ohne Auftrag auf Ersatz von Schäden

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
an der
Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin

Von
Hans Licht
aus Magdeburg

Tag der Promotion: 26. Februar 1937

1937
Buchdruckerei Ludwig Bohland, Stuttgart N

Referent: Herr Prof. Titze

Korreferent: Herr Prof. Hedemann

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Römisches und gemeines Recht 1

B. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich 10
I. Entstehungsgeschichte des § 670 11
II. Die Literatur 13
III. Kritik der beiden Hauptmeinungen (v. Tuhr — André) 23
1. Die Unterscheidungen von Aufwendung und Schaden 23
2. Unterstellung eines Garantievertrages . . . 25

C. Stellungnahme 26
I. Die Begriffe 26
II. Die Methode zur Lösung des Problems . . . 27
A. Auftrag 27
1. Allgemeiner Satz 27
2. Einzelne Gruppen 31
B. Geschäftsführung ohne Auftrag 33
C. Andere Schuldverhältnisse 33

D. Die deutsche Rechtsprechung 36
I. Strikte Durchführung des Trennungsprinzips 36
II. Schon früh: abweichende Tendenzen; und bald: ein völliger Umschwung 40
III. Stellung des Reichsgerichts zur Literatur und zum Gesetz 46
IV. Zusammenfassung der Rechtsprechung . . . 47

E. Rechtsvergleichung, insbesondere die Rechtsprechung des Auslands 47
I. Oesterreich 47
II. Schweiz 51
III. England 60
IV. Vereinigte Staaten von Nordamerika 68

F. Schlußkapitel 79
I. Der Ersatz außergewöhnlicher Nachteile, an Hand einiger Fälle aus der angloamerikanischen Rechtsprechung 79
II. Sind die Bestimmungen über Dienstvertrag und Auftrag analog aufeinander anzuwenden? 85
III. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen über Schadenersatz auf den Anspruch aus § 670 . 87
IV. Betrachtung zum Ergebnis 88

Literaturverzeichnis.

Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring, Oertmann.

Archiv für die civilistische Praxis, herausgegeben von Heck, Schmidt, Schönfeld, Stoll.

Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, herausgegeben von I. A. Seuffert.

Arimond, August, „Die Schadenersatzpflicht des Auftraggebers nach dem BGB; nebst einer rechtsvergleichenden Übersicht", jur. Diss. Würzburg 1920, in Heft 23 „Rechtsvergleichende Einzeldarstellungen zum internationalen Privatrecht"; herausgegeben von H. Kamps.

Arndts, Ritter von Arnesberg, Ludwig, „Lehrbuch der Pandekten", 8. Auflage, Stuttgart 1874.

Bachovius (Reinhard Bachofen v. Echt), „Notae et Animadversiones ad Disputationes Treutleri", Band I, 1617.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von I. A. Gruchot, Hamm, Berlin 1857—1933.

Bertolini, Cesare, „Appunti Didattici di Diritto Romano" No. II, Torino 1908.

Beseler, Gerhard, „Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen", 3. und 4. Heft, Tübingen 1913, 1920.

Biondi, Biondo, „Actiones Noxales" in „Annali del Seminario Giuridico della R. Università di Palermo", vol. X.

Ders. „Judicia bonae fidei", dortselbst, vol. VII.

Bloch, Coulon, Heller (Michael) und Heller (Ludwig), „Systematische Darstellung oberstgerichtlicher Entscheidungen zum österr. allg. bürgerlichen Recht", Ergänzungsband 1931 (Wien).

Böckel, Fritz, „Die Schadenersatzpflicht des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten" in Arch civ Prax 96, 376 ff.

Bouvier's Law Dictionary. Adconcise Encyclopaedia, Rawle's Revision, vol. III, Kansas City, St. Paul, Minnesota 1914.

Bowstead, William, „A Digest of the Law of Agency", 8th edition, London 1932.

Brinz, Alois, „Lehrbuch der Pandekten“, Band 2, Abt. 2. 2. Auflage, Erlangen und Leipzig.

Brückmann, „Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag“ in „Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß“, 9. Band. Jena 1903.

Buckland, W. W., „Digest XLVII, 2 (De Furtis) and the methods of the Compilers“ in „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis“ (Revue d'Histoire du Droit), Deel X, 117 ff. Haarlem 1918.

Burchard, in „Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ 3. Folge, Band II. 38. Band. Freiburg, Leipzig 1896.

Clorius, Karl Theodor, „Aufwendungen zur Erfüllung“, jur. Diss. Rostock 1932.

„Corpus Juris“, being a complete and systematic statement of the whole body of the law as embodied in and developed by „All Reported Decisions“. Edited by Mack, LL.D., and Hale, LL.B. New York (American Law Book Co.), London (Butterworth & Co.).

Cosack, Konrad, „Lehrbuch des Handelsrechts“, 12. neubearbeitete Auflage, 1930.

Supreme Court Reporter, für die Entscheidungen des Supreme Court of the U.S.

Crome, „System des deutschen bürgerlichen Rechts“, 2. Band: Schuldverhältnisse. Tübingen, Leipzig 1902.

„The American Decisions“, compiled and annotated by A. C. Freeman, San Francisco 1886.

„Decisions of Courts and Opinions affecting Labor“, by Lindley D. Clark. U.S. Department of Labor Bureau of Labor Statistics. 1913 und 1923/24.

Dernburg, Heinrich, „Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts“, 1. Band, Leipzig 1860.

Ders. „Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens“, Schuldverhältnisse, bearbeitet von Engelmann und Raape. 4. Auflage, 1909—1915.

Ders. „System des Römischen Rechts“, der Pandekten 8. Auflage, bearbeitet von Sokolowski, 2. Teil, Berlin 1912.

Dieckmann, Wilhelm, „Der Aufwendungsersatzanspruch des Retters“, jur. Diss. (Maschinenschrift) Göttingen 1923.

„Current Digest“ (American Digest System), covering the State and Federal Courts, 1935.

Ehrenzweig, Armin, „System des österreichischen allgemeinen Privatrechts", II. Band, 1. Hälfte: das Recht der Schuldverhältnisse. 7. Auflage des von Pfaff aus dem Nachlasse Josef Krainz' herausgegebenen „System des österreichischen allgemeinen Privatrechts". Wien 1928, 2. Aufl.

Eichholz, Herbert, „Aufwendungen und Aufwendungsersatz im bürgerlichen Recht, insbesondere im Verhältnis zum Schadenersatz", jur. Diss. (Maschinenschrift) Göttingen 1921.

Eisele, „Die Haftung des Mandanten für Schaden des Mandatars", in: Arch civ Prax 84, 319 ff.

„The American and English Encyclopaedia of Law", edited by David S. Garland and Lucius P. Mc Gehee under the supervision of James Cockcroft. 2nd Edition, Northport, Long Island, New York, London 1902—1905.

Endemann, Friedrich, „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts". 9. Auflage, Berlin 1903.

Enneccerus und Lehmann, „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts", begründet von Enneccerus, Kipp und Wolff. 2. Band: Recht der Schuldverhältnisse. Marburg 1932.

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung (Lausanne), Teil 2: Zivilrecht.

Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern. Wien 1919 ff.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft. Leipzig 1880 ff.

Fischer, Henle und Titze, „Bürgerliches Gesetzbuch", Handausgabe, begründet von Fischer und Henle. 14. Auflage; neu herausgegeben von Titze. München 1932.

Frezza, Paolo, „Actio Communi Dividundo" in „Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", N. S. 7, 65 ff.

Glück, „Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld", ein Kommentar. 15. Teils 1. Abteilung, Erlangen 1813.

Guarneri Citati, Andrea, „Studi sulle obbligazioni indivisibili nel Diritto Romano", vol. I, Palermo 1921.

Hanau, Hermann, „Die Voraussetzungen, unter welchen nach gemeinem Recht der Mandant für Schaden haftet, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Auftrages erwächst. (Ein Beitrag zur Lehre von der Haftpflicht)." Jur. Diss. Berlin 1894.

Hasse, Johann Christian, „Die Culpa des Römischen Rechts", 2. vermehrte Ausgabe, besorgt von Bethmann-Hollweg. Bonn 1838.

Haymann, Franz, „Ersatzansprüche bei Verfolgung von Verbrechern" in: JW 1932, 367.

Ders. „Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache" in: „Studien zum klassischen römischen Recht", 1. Band. Berlin 1912.

Heldrich, Karl, „Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung" in „Leipziger rechtswissenschaftliche Studien", Heft 7. Leipzig 1924.

Hoeniger, „Kritische Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen" in: „Archiv für bürgerliches Recht", Band 35, S. 272 ff.; 1910.

Hoffacker, „Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag beim Feuerlöschwesen" in: „Preußisches Verwaltungsblatt", Band 43, S. 40.

„Index Interpolationum", quae in Justiniani Digestis inesse dicuntur; herausgegeben von Levy und Rabel, Tomus III, Weimar 1935; Tomus I: 1929, Tomus II: 1931.

Isay, Hermann, „Die Geschäftsführung nach dem BGB für das deutsche Reich" in: „Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß", 6. Band. Jena 1900.

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von Gerber und Rudolf Jhering, Jena.

Jahrbuch der Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen, herausgegeben von O. Warneyer (ab 1904: Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen). Leipzig.

Jhering, „Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen" in: Jherings Jahrbüchern, Band 4, S. 1 ff.

Jörs und Kunkel, „Römisches Privatrecht" in: „Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft", Abteilung: Rechtswissenschaft, II, III: Römisches Recht. 2. Auflage 1935.

Johnson, Rechtsprechung im Staate New York.

Juristische Wochenschrift.

Kekule, „Die Schadensersatzpflicht des Mandanten nach gemeinem Rechte". Jur. Diss. Berlin 1894.

Klang, Heinrich, „Kommentar zum allgemeinen österreichischen BGB", II. Band, 2. Halbband, § 1002 ff: Bevollmächtigungsvertrag, bearbeitet von Swoboda. Wien 1934.

Kohler, Josef, „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts", 2. Band: Vermögensrecht, 1. Teil: Schuldrecht. Berlin 1906.

Koppel, „Haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für den zufälligen Schaden, welchen dieser bei Ausführung des Auftrags erlitten hat?" Jur. Diss. Breslau 1886.

Krautwig, „Die Haftung für zufällige Schäden beim Auftrag und bei der Geschäftsführung ohne Auftrag im BGB; nebst einer rechtsvergleichenden Übersicht". Jur. Diss. Köln 1929.

Krueger, Paul, „Corpus Juris Civilis", editio stereotypa quinta decima, volumen primum: Institutiones, Digesta, Berolini MCMXXVIII.

Kübler, Bernhard, „Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip" in „Zeitschrift der Savigny-Stiftung", Band 38, 94 ff.

Kunkel (siehe auch Jörs und Kunkel), „Diligentia" in „Zeitschrift der Savigny-Stiftung", Band 45, 266 ff.

Ders., Literaturkritik in „Zeitschrift der Savigny-Stiftung", Band 46, 433 ff.

„Modern American Law", a systematic and comprehensive commentary on the fundamental principles of American law. Prepared by judges, members of the Bar, teachers in law schools, and writers on legal subjects. Under the editorial supervision of Eugene Allen Gilmore, A.B., LL.B., assisted by Williams Charles Wermuth, M.S., LL.B.; Blackstone Institute, Chicago, 1924 Edition.

„The Law Times Reports" of Cases decided in the House of Lords, the Privy Council, the Court of Appeal etc., London.

Lemcke, „Die Haftung des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten", jur. Diss. Greifswald 1903.

Lenel, Otto, „Afrikans Quästionen (Versuch einer kritischen Palingenesie)" in „Zeitschrift der Savigny-Stiftung", Band 51, 1 ff.

Leonhard, Franz, „Besonderes Schuldrecht des BGB" in „Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft", 10. Abteilung, 2. Teil, 2. Band. München und Leipzig 1931.

Maschke, „Die Haftung des Mandanten für den dem Mandatar bei Ausführung des Auftrags erwachsenen Schaden" in Arch civ Prax 85, 123 ff.

Matthiaß, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts“, Berlin 1914.

De Medio, „Studi sulla ‚Culpa lata‘ in Diritto Romano“, III, in „Bullettino dell’ Istituto di Diritto Romano“ (Vittorio Scialoja). Roma 1906.

Mew’s Digest of English Case Law to the end of 1924, 2nd edition. London 1926.

Mommsen, Friedrich, „Beiträge zum Obligationenrecht“, 3. Abteilung: Die Lehre von der mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der culpa. Braunschweig 1855.

Ders. „Erörterungen aus dem Obligationenrecht“, 2. Heft: Über die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen. Braunschweig 1879.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Band II, Recht der Schuldverhältnisse. Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.

Müller-Erzbach, Rudolf, „Gefährdungshaftung und Gefahrtragung“ in: Arch civ Prax 106, 309 ff.

Mugdan, „Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich“. II. Band, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Oertmann, Paul, „Bürgerliches Gesetzbuch“, 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse; 5. Auflage. Berlin 1929.

Pacius, „Legum conciliatarum centuriae“ X.

Parisius, „Die Haftung für Unfälle und Schäden im Feuerlöschdienst“ in: „Preußisches Verwaltungsblatt“, Band 46, S. 456.

Pernice, Alfred, „Labeo. Römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit“, II. Band, Abteilung 1. Halle 1900.

Planck, „Kommentar zum BGB nebst Einführungsgesetz“, II. Band, 2. Hälfte. 4. Auflage. Berlin und Leipzig 1928.

„The Annual Practice“, being a collection of the Statutes, Orders, and Rules . . . of the Supreme Court. London 1936.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs-Justizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn. Band II, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1898.

Puchta, „Cursus der Institutionen“ II. 9. Auflage, Leipzig 1881.

Ders. „Pandekten“, 7. Auflage, 1853.

Rabel, Ernst, „Grundzüge des römischen Privatrechts“ in: „Enzyklopädie der Rechtswissenschaft“, 1. Band; begründet von Holtzendorff und Kohler.

Ders. „Das Recht des Warenkaufs“ I, Berlin und Leipzig 1936.

Ders. „Unmöglichkeit der Leistung“, eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch, veröffentlicht in der Festgabe für Ernst Immanuel Bekker, „Aus Römischem und Bürgerlichem Recht“, S. 171 ff.

„Das Recht“, Rundschau für den deutschen Juristenstand; juristisches Zentralblatt für Praktiker; herausgegeben von Soergel. 1897— März 1935.

„Höchstrichterliche Rechtsprechung“, vereinigte Entscheidungssammlung; herausgegeben von Friedrichs, Feisenberger. Berlin.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Leipzig 1900—1927.

„Reichsarbeitsblatt“, herausgegeben vom Reichsamt für Arbeitsvermittlung, speziell vom Reichsarbeitsministerium. Berlin.

„Atlantic Reporter“, für die Staaten: Pennsylvania, New Jersey, Delaware, Maine, Vermont, Connecticut, Maryland.

„Federal Reporter“, cases adjudged and determined in the Circuit Courts of Appeals and District Courts of the United States and the Court of Appeals of the District of Columbia.

„Northeastern Reporter“, für die Staaten: Ohio, Illinois, Indiana, New York.

„Northwestern Reporter“, für die Staaten: Minnesota, Michigan, Nebraska, Wisconsin, South Dakota, North Dakota, Iowa.

„Pacific Reporter“, für die Staaten: California, Utah, Kansas, Oklahoma, Colorado, Oregon, Wyoming, Washington, Nevada, Idaho, Montana, Arizona, New Mexico.

„Southeastern Reporter“, für die Staaten: North Carolina, South Carolina, West Virginia, Virginia, Georgia.

„Southern Reporter“, für die Staaten: Alamba, Florida, Louisiana, Mississippi.

„Southwestern Reporter“, für die Staaten: Arkansas, Kentucky, Texas, Missouri, Tennessee.

„The English Reports“, London.

Reports of Cases argued and determined in the Supreme Court of Alabama („Alabama State Reports"), 2nd edition. St. Paul.

Reports of Cases adjudged and determined in the Supreme Court of Judicature of the State New York („New York State Reports"). Newark, New York, Wayne County.

Reports of Cases adjudged in the Supreme Court of Pennsylvania („Pennsylvania State Reports"). Philadelphia.

Rümelin, Gustav, „Culpahaftung und Causalhaftung", ein Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft in Wien am 30. März 1898; abgedruckt in: Arch civ Prax 88, 285 ff.

„Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des obersten Gerichtshofes", von Glaser, Unger, v. Walther. Wien.

„Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen", Band III: Obligationenrecht. Zürich 1928 (Schultheß & Co.).

„Sammlung der Rechtssätze der Obersten Gerichte", B. Oberstes Gericht, a. Rechtssätze in Zivilsachen (Dr. Paul Gans), I. Band. Brünn, Prag, Leipzig, Wien 1923.

v. Schey, „Die Obligationsverhältnisse des allg. österr. Privatrechts", I. Band, 3. Heft: Der Bevollmächtigungsvertrag. Wien 1907.

Schirrmeister und Prochownick, „Das bürgerliche Recht Englands", herausgegeben von der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre zu Berlin. Kommentar zu der Kodifikation von Jenks, Geldart, Lee, Holdsworth, Miles. 2. Band nebst Nachträgen. 1929.

Schollmeyer, „Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse", 2. Auflage. Berlin 1904.

Segrè, „Sull' età dei giudizii di buona fede di commodato e di pegno" in „Studi Giuridici in onore di Carlo Fadda Pel XXV Anno del suo insegnamento", vol. 6.

Siber, Heinrich, „Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung", II: Römisches Privatrecht. Berlin 1928.

Siméon und David, „Recht und Rechtsgang im deutschen Reiche", 1. Band: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Hälfte: Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse. Neubearbeitet von David. 14. u. 15. Auflage. Berlin 1928.

Stammler, Rudolf, „Die Lehre vom Richtigen Rechte, neubearbeitete Auflage, Halle a/S. 1926.

United States Reports, Cases adjudged in the Supreme Court, New York.

„The Complete Statutes of England", classified and annotated, vol. IX. London 1929.

Staudinger, „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze", II. Band. 9. Auflage. München, Berlin, Leipzig 1929—1930.

Stelzner, „Die Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag gegen den Geschäftsherrn nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche"; jur. Diss. Strassburg 1901.

Stephen's Commentaries on the laws of England. Vol. III: contracts and torts. General editor: G. C. Cheshire. 19th edition.

Story, Joseph, L.L.D., „Commentaries on the Law of Agency", 8th edition; revised, with additions by N.St. John Green. Boston 1874.

Annual Survey of English Law.

Swoboda, siehe unter **K**lang.

v. Tuhr, Andreas, „Actio de in rem verso", zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung. Freiburg i. Br. und Leipzig 1895.

Ders. „Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts", 1. Halbband. Tübingen 1924.

Unger, Joseph, „Handeln auf fremde Gefahr" in „Jherings Jahrbücher" 33, 299 ff.

Veröffentlichungen des Kaiserlichen Aufsichtsamts für Privatversicherung. Berlin 1901 ff.

Preußisches Verwaltungsblatt, begründet von Binseel.

Voet, „Commentarius ad Pandectas". 1769.

Weißgerber, Willy, „Rechtsvergleichende Betrachtungen über die Haftung des Auftraggebers, insbesondere für zufälligen Schaden". Jur. Diss. Jena 1935.

Wieacker, Franz, „Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts", in: „Zeitschrift der Savigny-Stiftung", Bd. 54, 64 ff.

Windscheid, „Lehrbuch des Pandektenrechts", 2. Band. 9. Auflage, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von Theodor Kipp. Frankfurt/Main 1906.

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, begründet von Düringer, Jaeger, Koenige.

Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, herausgegeben von Ernst Rabel.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Seufferts Blätter für Rechtsanwendung), herausgegeben von Theodor v. d. Pfordten. München, Berlin, Leipzig 1905—1934.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, herausgegeben von Levy, Rabel, Heymann, Stutz, Feine. Romanistische Abteilung. Weimar.

A. Römisches und gemeines Recht.

Die Ansicht, das klassische römische Recht habe den Mandanten für kausalen Schaden wie für Aufwendungen haften lassen, hat heute wieder an Boden gewonnen und darf als herrschend in der modernen romanistischen Wissenschaft bezeichnet werden[1].

Der Streit beruht auf zwei Digestenstellen.

In l. 62 § 5 D. de furtis 47, 2 schreibt Afrikan:

„Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aeque dicendum sit, omni modo praestari debere, [et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus tamen damnum decidere cogatur]. iustissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset: [idque evidentius in causa depositi apparere]. nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse, [et sicut in superioribus contractibus, venditione locatione pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsius potius damnosam esse debere. nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius, qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret]".

In l. 26 §§ 6, 7 D. de mandati 17, 1 sagt Paulus:

(6) „Non omnia, quae impensurus non fuit mandator, imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit; [nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet].

(7) Sed cum servus, quem mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset, Neratius ait, mandati actione te consecuturum, ut [servus tibi noxae dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit: quodsi ego scissem talem esse servum nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc] ⟨tibi praestem⟩ quanti tua intersit, [tantum tibi praestari oportet]."

[1] Vgl. Jörs-Kunkel (1935), § 140, 2b

Afrikan und Paulus in § 7 haben zum Gegenstande den Auftrag zum Kauf eines Sklaven, der den Beauftragten bestiehlt. Es fragt sich, ob der Auftraggeber den Schaden ersetzen muß.

Afrikan bejaht diese Frage. Während er vorher beim condominium (pr.), pignus (1) und der venditio in causa redhibitionis (2) die Haftung unter Umständen durch noxae datio abzuwenden erlaubt, spricht er in § 5 nur von damnum praestare. §§ 3 und 4 sind außerordentlich interpolationsverdächtig[2]. Die Differenzierung eines Tatbestandes von der subjektiven Seite her erscheint im klassischen Haftungsrechte als unwahrscheinlich[3]. Sie entspringt dem Bestreben einer Einordnung ins Schema der Culpa. Im Schlußsatze des § 5 heißt es: „Denn sicher ist es Culpa des Mandanten . . .“ Die Kompilatoren haben hier eine nicht auf Verschulden basierte Haftung durch Einschiebung einer Culpa auf sicherere Grundlage stellen wollen[4].

Auch der vorletzte Satz spricht von einer Culpa des Mandanten (und Deponenten), die hier so zu bestrafen sei wie bei den oben behandelten Verträgen der Dolus dessen, der trotz scientia die diebische Eigenschaft des Sklaven verschwiegen habe. Jhering[5] hat diese Stelle für seine „culpa in contrahendo“ verwertet. Auch wenn der Mandant noch soviel Sorgfalt habe obwalten lassen, müsse er haften. Diese Culpa werde offensichtlich mit anderem Maße gemessen.

Dernburg[6] sagt zwar: „Für zufälligen Schaden . . . braucht er nicht aufzukommen“, fügt dann aber (Anm. 15) an: „Dieses Prinzip ist nicht unbedenklich.“ In seinem „Pfandrecht“[7] begründet er die weitgehende Haftung des Mandanten mit der „Relativität des angelegten Maßstabes“. Bei Gefälligkeitsverträgen müsse ein diligens pater familias seinem Kontrahenten gegenüber sorgfältiger sein. Finde er keine Anzeichen diebischer Natur bei dem Sklaven, so müsse er von diesem negativen Ergebnis dem Beauftragten Mitteilung machen. Dernburg steht damit schon nicht mehr auf dem Boden der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts, die formal auf die Erwähnung der Culpa Bezug nimmt und betont, das Verschuldensprinzip sei auch

---

[2] Vgl. statt aller: Interpolationenindex, Tomus III, S. 497

[3] Jörs-Kunkel, § 109, Ziffer 4

[4] A. A. nur Pernice, Labeo II, 2, 1, S. 230: diese Einschiebungen seien den Juristen geläufig.

[5] In Jherings Jahrbüchern IV, S. 37

[6] Pandekten II, S. 798

[7] I, S. 162/3 zu l. 61 § 3 D. 47, 2

hier nicht durchbrochen[8]. Mit einer derartigen Weitung des Begriffs der Culpa, wie Dernburg sie vornimmt[9], wird eine Kausalhaftung zugegeben. Eine Mitteilung vom negativen Ergebnis der Nachforschungen des Mandanten erscheint als Vertragspflicht gekünstelt; sie würde den Beauftragten nur sorglos zu stimmen geeignet sein. Ob man aber in jedem einzelnen Falle die Anforderungen an die Sorgfalt des Auftraggebers weit über das Maß des Verkehrsüblichen ausdehnt oder allgemein eine Kausalhaftung zugibt, macht kaum noch einen Unterschied.

Deutlicher wendet sich Unger[10] gegen die herrschende Lehre des gemeinen Rechts. Nach ihm bedeutet Culpa hier nur, daß es „Sache des Mandanten" sei; er werde mit dem Nachteil belastet, nicht weil er ihn schuldhaft veranlaßte, sondern weil der Schaden seiner Sphäre angehöre. Unger empfindet dabei die Berufung Julians auf Billigkeitsgründe als Stütze seiner Ansicht, daß es auf ein technisches Verschulden nicht ankommen könne. Wenn Unger auch nicht zu der Erkenntnis kommt, daß es sich hier, wo die Vertragsklage abgehandelt wird, um Aufwendungen handelt, so anerkennt er wenigstens eine Kausalhaftung, die nun in besonders schwierige Kausalitätsfragen hineinführt, da ein Anhaltspunkt am Vertrage nur ganz generell gegeben ist. Während nämlich Fr. Mommsen[11] die Haftung des Mandanten auf die Tatsache der Auftragserteilung („. . . . damnum passurum, si id non . . .") gründet und die Kausalitätsfrage danach beantwortet, ob der Beauftragte Weisungen erhalten und sich nach ihnen gerichtet habe, löst Unger das Problem, indem er Kausalität (er meint wohl Aequivalenz) plus „unmittelbare Verbindung mit dem Auftrage" verlangt. Unger gibt zu, daß die Scheidung nicht verläßlich ist, weist aber mit Recht darauf hin, daß Mommsen dem gewöhnlichen Gange des Auftrages nicht gerecht wird: der Dienst des Beauftragten besteht wesentlich in der Ausführung, nicht in der Annahme des Auftrags. Erhält er keine genauen Anweisungen und führt dennoch seine Aufgabe verständig durch, so ist nicht einzusehen, warum ihm Ersatz zu versagen sein sollte. Man würde damit den selbständig denkenden gegenüber dem mechanisch, in genau abgesteckten Bahnen handelnden Beauftragten benachteiligen.

---

[8] Arndts, Pandekten, § 293; Brinz, Pandekten II, 2, S. 778; Puchta, Pandekten, S. 476

[9] Aehnlich auch Hasse, „Culpa", S. 402

[10] Jherings Jahrbücher 33, 299, besonders S. 318 - 340

[11] „Erörterungen aus dem Obligationenrecht", S. 60 - 62; ebenso Koppel Diss. Breslau (1886), S. 24

Daß es sich also nicht um einen Anwendungsfall technischer Culpa handeln kann, wird allgemein anerkannt[12]. Der Auftraggeber haftet — so Afrikan — ohne Rücksicht auf Verschulden, da es sich um die Vertragsklage handelt.

Dazu scheint die Paulusstelle in Widerspruch zu treten, auf die sich die herrschende Lehre des gemeinen Rechts, als deren Hauptvertreter Glück[13], stützt. Nur noxae deditio sei immer durchsetzbar, volle Haftung lediglich bei Verschulden. Die von der älteren romanistischen Wissenschaft vertretene[14] Lösung, Afrikan habe Species-, Paulus Genuskauf im Auge, lehnt sie ab. Voët erklärt die beiden Schlußsätze der Afrikanstelle, von „et sicut" ab, mit einer Erkundigungspflicht des Auftraggebers, die Jhering aufgegriffen hat. Voët verkennt dabei, daß Afrikan auch bei Erfüllung dieser Pflicht den Mandanten haften läßt.

Die Unterscheidung nach Genus- und Specieskauf hat dann Kekule[15] noch einmal befürwortet. „. . . talem esse servum . . ." heiße: „. . . daß ein Dieb unter den Sklaven zum Verkaufe stand, . . .", womit dargetan werden soll, daß Paulus auch in dem mit „quodsi" eingeleiteten Satze an Gattungskauf denke. Kekule erklärt diese immerhin sonderbare Übersetzung als Darstellung einer Ausnahme — sprachlich begründet durch den Gebrauch des Plusquamperfekts scissem[16] —, denn ein Wissen um die diebische Natur des Sklaven kann es nur beim Specieskauf geben, wie Kübler[17] hervorhebt. Der Auftraggeber erfahre erst nach Erteilung des Mandats, daß ein fur am Einkaufsorte zum Verkauf stehe.

Die Lösungsversuche können sämtlichst nicht befriedigen. Die in den Stellen vorgenommenen Unterscheidungen nach scientia und ignorantia des Mandanten erscheinen verdächtig und sind wohl Produkte nachklassischen Vereinheitlichungsbestrebens. Jedenfalls ergeben sie zuweilen so lebensferne Tatbestände, daß man sie nicht einmal den Kompilatoren, geschweige denn Julian oder Afrikan zutrauen möchte.

[12] Kekule, S. 64; Burchard in Krit. Vierteljahresschrift 38, S. 33; Unger in Jh. Jahrbüchern 33, S. 320; besonders aber die neuere Literatur: Biondi, Annalen von Palermo X, S. 131; Heldrich, S. 38; Buckland in „Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis" X, S. 123 ff.; Kunkel in SZ 45, S. 294; Segré, Stud. Fadda Pel XXV, Heft VI, S. 363, Anm. 1; Siber II, S. 173

[13] „Erläuterungen", mandati vel contra, 1. Abt., Teil 15, S. 310

[14] Besonders Voët, „Commentarius ad Pandectas", Th. I (1769), D. 17, 1, § 13. Ferner Reinh. Bachofen v. Echt „Notae et . . . ." I (1617), Disp. 27, Thes. 7, S. 1025; Pacius, „Legum conciliatarum centuriae" X, Cent. IV, S. 342, Anm. 90

[15] S. 35 ff.

[16] Ebenso Diss. Lemcke, S. 17

[17] SZ 38, S. 96/7

Man kann sich vorstellen, daß ein Schuldner seinem Gläubiger einen diebischen Sklaven, von dem er weiß, daß es ein Dieb ist, verpfändet. Auf diese Weise ist er zunächst die lästige Schuld los und mit ihr den Sklaven, von dessen Delikten er sich noxae deditione zu befreien gedenkt. Daß die Juristen hier eine Scheidung danach, ob der Schuldner sciens oder ignorans war, vornehmen, ist immerhin verständlich. Hingegen ist der Auftrag zum Ankauf eines Sklaven, von dem der Mandant weiß, daß er ein Dieb ist, ein Unding und dürfte kaum Gegenstand scharfsinniger Untersuchungen Julians und Afrikans gewesen sein. Ein solcher Auftrag kann nur den Zweck haben, den Beauftragten zu schädigen. Dafür aber hat man die actio de dolo.

Die Interpolationenliteratur ist verständlicherweise reichhaltig. Die schon in Anm. 12 zitierten Wissenschaftler sind Eisele[18], der als erster Teile der vorliegenden Stellen angezweifelt hat, darin gefolgt, daß zum mindesten der Schlußsatz bei Afrikan interpoliert sei. Eisele weist auf die verdächtige Wiederkehr gebrauchter Wendungen hin: nemini officium suum damnosum — culpam eorum ipsis damnosam; in superioribus causis — in superioribus contractibus. Dolum punire sei ein Lieblingsausdruck Justinians; diligentior circa monendum sei sicher nicht von Julian-Afrikan. Aeque sei zu übersetzen: gleichgültig, ob sciens oder ignorans. Eisele zitiert mehrere Quellenstellen zum Beweise, daß die Haftung des Mandanten von Verschulden unabhängig gewesen sei[19].

Sowohl bei Afrikan wie bei Paulus geht der Streit darum, ob es sich wirklich um die actio mandati handele. Es wird der Verdacht ausgesprochen, das Wort „mandati" sei in beiden Stellen von nachklassischer Hand für das ursprüngliche „furti noxalis" eingesetzt worden[20]. Biondi, der sich zweimal[21] mit der Frage beschäftigt hat, ob es eine klassische actio noxalis aus Vertrag gegeben hat, und der diese Frage verneint hat, ersetzt selbst bei Paulus nicht das „mandati" durch „furti noxalis", sondern streicht dafür den Teil der Stelle, der von noxae deditio spricht.

Es ist eigenartig, daß in D. 47, 2 unter der Überschrift „De Furtis" in den hier bedeutsamen Stellen lediglich von Vertragsklagen die Rede ist. Da zudem in fr. 62 pr., §§ 1 und 2 eine Befreiungsmöglichkeit durch noxae deditio gegeben ist, könnte man in der Tat vermuten, es handle sich nicht um Ver-

[18] Arch civ Prax 84, 330
[19] A. a. O., S. 321 - 327
[20] So Heldrich, S. 26, 30; gegen ihn Kunkel in SZ 46, 436
[21] Annalen von Palermo VII, 100 ff. und X, 131 ff.

trags-, sondern um deliktische Noxalklagen. Levy[22] versucht, die einzelnen vertraglichen Noxalklagen aus der besonderen Natur der betreffenden Vertragstypen zu erklären; officio iudicis seien sie manchmal zugelassen worden. Bei der actio communi dividundo sollte der vom communis servus bestohlene socius so behandelt werden, als nähme er Regreß für die Abfindung eines vom communis servus bestohlenen extraneus[23]. Beim iudicium redhibitorium rechtfertige sich die Klage aus dessen restitutorischem Ziele (Herstellung des Zustandes vor dem Kaufe). Bei der Fiducia trete sie nur aus Gründen der bona fides von außen an die Vertragsklage heran, da der bestohlene Fiduziar — wegen der Eigentumsverhältnisse — keine deliktische actio noxalis haben kann. Dennoch soll er den Fiduzianten vor die Noxalalternative stellen dürfen: eine Steigerung der Haftung. Beim Mandat trete die Abwendung durch noxae datio haftungsmildernd ein, da die Zufallshaftung grundsätzlich durch l. 26 § 6 D. 17, 1 feststehe.

Mag die Zulassung einer actio noxalis aus Vertrag[24] verständlich sein bei condominium, redhibitorium oder fiducia, wie Levy es darstellt, so erscheint sie mir beim Auftrage bedenklich. Die noxae deditio hat hier wenig Sinn und dürfte den Beauftragten kaum zufriedenstellen können[25]. Er hat zwar auch ein „zeitweiliges Eigentum"[26], aber nicht aus eigenem Interesse wie etwa der Pfandgläubiger, sondern lediglich für den Auftraggeber. Ihm wird nichts daran liegen, diesen durch die Vertragserfüllung bedingten und notwendig vorübergehenden Zustand des Eigentums am Sklaven zu einem dauernden zu gestalten und den fur Stichus noch ganz und gar auf dem Halse zu behalten. Aus diesem Grunde geben Julian-Afrikan die actio mandati auf vollen Schadenersatz (damnum praestare). Die Gewährung nur noxaler Herausgabe würde, ins moderne Rechtsdenken übersetzt, die völlige Ablehnung einer Ersatzpflicht des Auftraggebers bedeuten, denn die Rachegedanken, denen die noxae datio ihre Entstehung verdankt[27], kennt das moderne Recht selbst Tieren gegenüber nicht mehr.

[22] „Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht", Band II, 1, S. 72, Berlin 1922

[23] An der actio communi dividundo hat Frezza („Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", N. S. 7, 65 ff.) seine Ansicht entwickelt, die eine klassische actio noxalis aus Vertrag bejaht.

[24] Dafür außer den in Anm. 22 und 23 Zitierten besonders Kunkel, SZ 46, 437

[25] Jedenfalls unmißverständlich die Gegenüberstellung im Text: „ . . aequum videatur . . ." - „ . . . multo tamen aequius esse . . ."

[26] Heldrich, S. 26

[27] Jörs-Kunkel, S. 269/270

Der Einwand Biondis[28] und Heldrichs[29], die Wendung „damnum decidere" sei technisch für die actio furti, entfällt, weil der Ausdruck an unechter Stelle steht.

Das „Quod vero"[30] hat seinen guten Grund in der erweiterten Haftung, die eine Abwendung durch noxae deditio nicht gestattet. „Aeque" hat keine besondere Bedeutung, sondern heißt, da es unmittelbar vor „dicendum" steht: billigerweise. Die Übersetzung „aeque = ebenso" paßt nicht, weil oben nicht so weitgehend gehaftet wurde. Es dürfte dann auch nicht vor „dicendum", sondern müßte bei „damnum praestari" stehen. „Iustissime" erscheint gegenüber dem einleitenden „dubitare" verdächtig, aber der folgende Satz ist zum mindesten sachlich echt, weil er die Kausalität herausstellt. Die Vergleiche mit dem Depositum passen nicht herein, sind auch unwichtig: [idque — apparere]. Sicher echt ist der nun folgende Satz[31], dessen „alioquin" ausgezeichnet zum einleitenden „dubitare" paßt. Hier gibt Afrikan aus der Interessenlage die Begründung, warum eine Noxalklage ihren Zweck verfehlen würde. Auf die Schlußsätze [et sicut — fin.] bin ich schon eingegangen[32].

Auch bei Paulus wird man annehmen dürfen, daß die actio mandati als Ausgangspunkt echt ist, zumal in D. 17, 1 über „Mandati vel contra" gehandelt wird. Die Klage kann dann nicht auf noxae datio gehen, so daß Eiseles Interpolationsvermutung[33] [quodsi — fin.] nicht ganz zutrifft. Man muß unterstellen, daß der Beauftragte mit dem Kaufe zunächst selbst Eigentum am Sklaven erworben hat. Wie soll er da gegen den Auftraggeber, der nicht Eigentümer ist, auf noxae deditio klagen? Daß der Verkäufer des Sklaven den Vertrag mit dem Beauftragten abschließt, die Tradition aber an den Auftraggeber direkt vornimmt, wäre eine Besonderheit, die nicht ohne weiteres unterstellt werden kann.

Eine Analogie zur Noxalklage[34] wird der Interessenlage beim Auftrag nicht gerecht. Wird der Schadenersatz aus der actio mandati zugesprochen, so stellt ihn Paulus dem Aufwendungsersatze gleich, den der Beauftragte verlangen kann. Dieselbe Frage hat Paulus in l. 22 D. 13, 6 aufgeworfen: kann der Ent-

[28] Ann. Pal. X. 132

[29] S. 30

[30] Pernice II, 2, 1, S. 228 findet es unbeholfen.

[31] A. A. Heldrich, der [iustissime - fin.] für interpoliert hält, (S. 38)

[32] Oben, S. 2—4

[33] A. a. O., S. 344; ebenso Guarneri Citati, S. 38, der dann wieder aus sprachlichen Gründen, S. 40, Anm. 3, zweifelt.

[34] So Maschke, Arch civ Prax 85, 123, der sonst unserer Meinung ist.

leiher den Schaden, den der entliehene Sklave durch Diebstahl angerichtet hat, mit der actio commodati contraria wie Impensen einklagen? Die klassische Antwort ist nicht mehr erhalten[35]. Justinian antwortet: „Wenn der Verleiher wußte, daß der Sklave ein Dieb ist, so ist die actio commodati contraria gegeben. Hat der Entleiher den Vertrag angeregt, so hat er nur die actio furti noxalis." Paulus hat wahrscheinlich unabhängig von dieser Unterscheidung die actio commodati contraria gegeben. Dabei ist aber zu bedenken, daß hier die Interessenlage umgekehrt ist. Mit der Vertragsklage sieht man den Nachteil als Aufwendung an, imputiert ihn also dem Vertrage.

In l. 45 D. 19, 2 hat Paulus das Problem bei der Miete erörtert. „Wenn ich Dir ein Haus vermiete und meine Sklaven Schaden anrichten oder Dich bestehlen, so hafte ich nicht ex conducto, sed noxali actione. Wenn ich Dir einen Sklaven vermiete, damit Du ihn im Geschäft verwendest, und er bestiehlt Dich, dann kann man zweifeln, ob die actio ex conducto sufficiat, denn es widerspricht der bona fides, daß Du durch die gemietete Person auch noch Schaden hast; man könnte auch sagen, der Diebstahl habe in der Miete nicht seine causa und sei gesondert zu verfolgen: das hat mehr für sich."

Hier legt Paulus klar, warum er die Vertragsklage nicht gibt. Bei der Miete rechtfertigt es die Interessenlage nicht, einen Diebstahlsschaden, den der vermietete Sklave angerichtet hat, als Aufwendung anzusehen und deshalb dem Vermieter in vollem Umfange aufzubürden.

An Hand der Stelle l. 26 § 7 D. 17, 1 kann man daher mit Rabel[36] sagen, daß der durch Ausführung des Auftrags erlittene Schaden des Mandatars zu dessen Aufwendungen zu zählen und mit der actio mandati einklagbar ist.

Abweichend bringt Heldrich[37] die heute übliche Unterscheidung von Aufwendungen und Schäden. Aufwendungen seien willkürliche Vermögensminderungen; Schaden dagegen trete ohne ein Zutun des Geschädigten ein. Diese begriffliche Scheidung soll, so meint Heldrich offensichtlich, schon von den römischen Juristen gemacht worden sein. Er belegt diese Ansicht mit zwei Stellen, an denen Eisele die Kausalhaftung des Mandanten gezeigt hatte.

In l. 15 D. 17, 1 ist die Freiwilligkeit als Unterscheidungsmerkmal brauchbar. Es handelt sich sicher um Aufwendungen

[35] Vgl. Krüger, Corpus Iuris Civilis, S. 214, Anm. 7

[36] Grundzüge, S. 482

[37] S. 26

im Sinne der heute herrschenden Lehre. Bezeichnend ist aber, daß Paulus trotzdem nicht von impensae, sondern von damnum spricht. Der Unterschied dürfte auch damals schon nicht ganz unverfänglich erschienen sein.

In l. 26 § 6 D. 17,1 aber scheidet Paulus Aufwendungen und Schäden in etwas anderer Weise, als es Heldrich tut. Heldrich[38] erklärt: „Keine Aufwendung, sondern Schaden liegt vor, wenn der Mandatar ohne sein Zutun einen Vermögensverlust erleidet, so z. B., wenn er von dem Sklaven, den er im Auftrage des Mandanten gekauft hat, bestohlen worden ist; eine Haftung des Mandanten für solchen zufälligen Schaden ist den Klassikern unbekannt." Dafür sei § 6 ein Beleg; Heldrich will damit mühsam der herrschenden Lehre des bürgerlichen Rechts aus dem römischen Rechte eine Stütze geben. Ohne Erfolg!

Schon die Afrikanstelle hat gezeigt, daß auch unfreiwillige Vermögensverluste, die der Beauftragte erleidet, als Aufwendungen mit der actio mandati contraria eingeklagt werden können. Heldrich erklärt: „Daß es hier (l. 62 § 5 D. 47,2) heißen muß „furti actione", liegt auf der Hand."

Paulus gibt aber, und das spricht gegen Heldrich, nur die Schulbeispiele der höheren Gewalt. Wollte er jeglichen unverschuldeten Nachteil, der den Beauftragten ohne sein Zutun trifft, der Vertragssphäre entziehen, so würde er nicht gerade diese Beispiele bringen.

Vielmehr grenzt Paulus die Aufwendungen nach Sinn und Zweck des Auftragsvertrages ab. Und dabei zeigt er, daß die Fälle der vis maior keinen Ersatzanspruch aus Vertrag begründen, weil für den aus ihnen entstandenen Nachteil der Auftrag lediglich eine „conditio sine qua non" darstellt, eine Kausalität nur im Sinne der Aequivalenztheorie. „Sonne und Wind müssen gleich verteilt sein!" Unger[39] will damit sagen, daß der Schaden in einer engeren Beziehung zum Auftrage stehen muß, damit sein Ersatz mit als Aufwendung eingeklagt werden kann. Räuberüberfälle, Schiffbruch, Dachziegel, die Passanten auf die Köpfe fallen (ein neuerdings viel verwendetes Beispiel), stehen mit der Besonderheit des Auftrags in keiner Beziehung. Hier also liegt die Abgrenzung, die Paulus geben will. Was Heldrich und mit ihm die herrschende Lehre in jener begrifflichen Unterscheidung sieht, ist der Versuch, dort

[38] S. 27

[39] A. a. O., S. 329

Gegensätze zu konstruieren, wo Übergänge nicht zu verkennen sind[40].

In § 6 ist [nam haec — fin.] interpoliert. Ich folge darin Rabel[41], der auf die Kausalitätstheorien eingeht und auf die geringe Brauchbarkeit der bisher in den Theorien gegebenen Unterscheidungsmerkmale zwischen adäquatem und inadäquatem Schaden hinweist: „. . . die unermüdlichen Versuche, durch eine bestimmte Formel dem gefühlsmäßigen Bedürfnis nach einer Ersatzbeschränkung zu genügen — dommage indirect und causation too remote, dommage imprévisible und damage not anticipated oder unforeseeable, wichtigste Ursache, inadäquater Kausalzusammenhang — versagen, weil sie nicht der Eigenart und Verschiedenheit der Schadensgründe gerecht werden . . ." Der Richter, der bei ganz absonderlichen Verflechtungen bereit sei, den Schaden als zu entfernt zu bezeichnen oder den Kausalzusammenhang überhaupt zu verneinen, berufe sich gegen die „wissenschaftliche" Zerlegung in Ursachen und Wirkungen auf das Rechtsbewußtsein oder denke wie jener Glossator bei Paulus: [nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet].

Aus beiden Stellen ist also ein echter Kern zu entnehmen[42], der der besonderen Interessenlage beim Auftrage im Sinne des Utilitätsgedankens Rechnung trägt und deshalb den Aufwendungsbegriff von der natürlichsten, der Vertrags-Seite sieht.

B. Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

Am Ende des 19. Jahrhunderts, so können wir feststellen, besteht die Problematik, an der die Römer ihre juristische Genialität bewiesen hatten und die bis auf den heutigen Tag ein Tummelfeld begriffsjuristischer Meinungsstreitigkeiten gewesen ist, ungelöst fort. Die Gemeinrechtler, in dem Bestreben, den Römern zu folgen, haben das Knäuel klassischer und nachklassischer Beiträge nicht entwirren können, weil sie eine eigentliche Interpolationenforschung nicht kannten.

[40] Darüber s. unten, S. 26 ff.

[41] „Das Recht des Warenkaufs" I, S. 508, § 61, 8 e. Zu dem Schlußsatze des § 6 hat sich, soweit mir bekannt, außerdem nur Beseler geäußert; auch er hält die Stelle für interpoliert; vgl. „Beiträge . ." IV, S. 256/7

[42] Bei Afrikan stark angezweifelt von Lenel in SZ 51, 47 („von Anfang bis zu Ende verdächtig", aus sachlichen und sprachlichen Gründen); vgl. auch Haymann in SZ 40, 267 und „Die Haftung des Verkäufers", S. 57

Die Stellung, die das heute geltende deutsche Bürgerliche Gesetzbuch zu unserer Frage einnimmt, wird verständlich aus dem soeben versuchten Rückblick ins römische und gemeine Recht und durch eine Darstellung vom Werdegang der einschlägigen Bestimmung.

I. Entstehungsgeschichte des § 670.

Den Anspruch des Beauftragten gegen den Auftraggeber auf Erstattung von Aufwendungen regelt § 670:

„Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatze verpflichtet."

Für das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag gibt § 683 Satz 1 eine entsprechende Regelung:

„Entspricht die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, so kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen."

Die Entstehungsgeschichte des § 670 zeigt[1], daß keine bestimmte Lehrmeinung Urheber der Bestimmung gewesen ist. Das kann bei der Vielfältigkeit der wissenschaftlichen Auffassungen nicht weiter verwundern.

Ausgehend von der These, daß Aufwendungen freiwillig gemacht, Schäden unfreiwillig erlitten werden, war man wohl darüber einig, daß gewisse durch den Auftrag verursachte Schäden eigentlich dem Auftraggeber aufgebürdet werden sollten, schreckte aber vor einer besonderen Bestimmung, wie sie z. B. das österr. ABGB in seinem § 1014 gegeben hat, wegen einer fehlenden sicheren Begrenzung der Kausalität zurück.

So wurde zunächst das bestimmt, worüber alle einig zu sein schienen: daß „Aufwendungen" ersetzt werden müssen.

Die Motive[2] lassen die Frage des Ersatzes von Schäden ausdrücklich offen, da „wegen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle eine Entscheidung durch das Gesetz nicht gegeben werden" könne[3].

---

[1] Von Interesse sind nur die Kommissionsberichte. Das Plenum hat sich mit dieser juristischen Problematik nicht befaßt; vgl. „Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags", IX. Legislaturperiode, IV. Session (1895/7), 8. Band (Gesamtregister S. 6286) und 4. Band, 110. Sitzung, S. 2786 C.; 117. Sitzung, S. 3060 A

[2] Band II, S. 541; Mugdan II, S. 302

[3] Brückmann, „Die Rechte des Geschäftsführers o. A.", S. 186 ff., legt dar, aus den Vorarbeiten gehe klar hervor, daß nach § 670 ein Ersatzanspruch zu

In der Kommission wurde ein Antrag, nach dem der Auftraggeber für unzertrennlich mit dem Auftrage verbundene Gefahren haften solle, abgelehnt[4]. Die Begründung der Ablehnung war recht verschieden:

1. Man könne das Ziel des gestellten Antrages „in vielen Fällen" auch durch Anwendung der Grundsätze über den Ersatz von Aufwendungen erreichen. Denn wer einen Auftrag übernehme, stelle gewissermaßen seine Persönlichkeit in den Dienst der Vertragserfüllung; erleide er Schaden, so wende er ein Rechtsgut auf, für das er ebenso wie für Vermögensaufwendungen Ersatz beanspruchen könne. Die Einbuße sei zwar selbst nicht vorsätzlich herbeigeführt, aber die gefahrvolle Handlung habe der Beauftragte bewußt vorgenommen; und es sei für seinen Regreßanspruch gleichgültig, ob er die Gefahr gekannt habe. Wende man die Kategorie der Aufwendungen nicht auf die in Rede stehenden Ansprüche an, so ziehe man dem Begriff der Aufwendungen zu enge Grenzen.

2. Der Auftraggeber dürfe nicht schlechthin haften, weil der Beauftragte an seiner Stelle den Schaden erleide. Entscheidend müsse vielmehr sein, ob die Beteiligten den Schaden voraussehen konnten. Sahen beide ihn voraus, so solle ihn der Beauftragte tragen; dies entspreche der Verkehrsauffassung, weil er trotz Kenntnis der ihm möglicherweise drohenden Gefahr den Auftrag übernommen habe. Lediglich wenn der Auftraggeber den Schaden allein voraussah, müsse man ihn — wegen Verletzung einer Pflicht aus Treu und Glauben — haften lassen.

3. Der Antrag enthalte eine dem Rechtsgefühl widerstreitende, unsichere Begriffsbestimmung und belaste daher den Auftraggeber unbillig. Dieser wolle doch nur für Aufwendungen im engeren Sinne haften.

Welche dieser drei Gruppen den Antrag ausschlaggebend zu Fall gebracht hat, läßt sich nicht feststellen. Es hat allerdings den Anschein, als ob die Ansicht unter 1 in ihrer eingehenden Begründung nur von einer kleinen Gruppe vertreten wurde; denn schon beim zweiten Satze ist in den Protokollen[5]

---

gewähren sei; ebenso Diss. Dieckmann, S. 71. Anders Böckel, Arch civ Prax 96, 420, der weniger den Motiven als der Regelung beim Verwahrungsvertrage (Protokolle II, 400), wo das Verschuldensprinzip gewahrt sei, Bedeutung beimißt.

[4] Protokolle II, S. 367/8; Mugdan II, S. 952/3

[5] S. 369

angefügt: „. . ., so wurde wenigstens von einer Seite hervorgehoben, . . .“[6]

Für die Vermutung, die Kommission habe einen Anspruch ohne Verschulden ablehnen wollen, dürfte die Annahme sprechen, daß die Mitglieder noch in den Anschauungen des gemeinen Rechts befangen waren.

Der in den Motiven niedergelegten Anschauung (oben, S. 11) scheint die unter 1 gebrachte Gruppe zu entsprechen, die den Anspruch „in vielen Fällen“ zubilligen will. Während nun die Motive offensichtlich den Anspruch als auf technischen Schadenersatz im Sinne einer Kausalhaftung gehend auffaßten, scheint die Gruppe 1 an eine Dehnung des Aufwendungsbegriffes gedacht zu haben[7].

Darüber dürfte Klarheit geherrscht haben: eine Kausalhaftung konnte nur positiv im Gesetze festgelegt werden. Brachten also diejenigen, die Schäden und Aufwendungen für Gegensätze hielten, eine solche Kausalhaftung nicht ins Gesetz, so glaubten sie damit, das kleinere Übel zu wählen und mangels einer brauchbaren Abgrenzung der Kausalität eine Ausdehnung der Ersatzpflicht des Auftraggebers ins Uferlose zu vermeiden.

Lediglich die Gruppe 1 glaubte, mit einem weiteren Aufwendungsbegriffe operieren zu können.

II. Die Literatur.

Für die Wissenschaft ergab sich aus der gesetzlichen Regelung, wie sie in § 670 BGB ihren Niederschlag gefunden hat, ein weites Betätigungsfeld. Man wußte, daß die Kommission Schäden, die in einer besonders engen Beziehung zum Auftragsgegenstande stehen, gern auf den Auftraggeber abgewälzt hätte und dies nur mangels einer brauchbaren Formulierung nicht getan hatte. Es galt also, diese Formel zu finden. Im einzelnen

[6] Isay, „Die Geschäftsführung“, S. 155, weist darauf hin, daß es den Humor der Sache ausmache, wenn die beiden Gruppen, die aus recht verschiedenen Gründen die Ablehnung des Antrages erreichten, sich ebenso wie der Antragsteller auf das Rechtsbewußtsein beriefen.

[7] Zur Gruppe 1 bemerkt Isay, a. a. O., die Begründung sei wohl kaum ernsthaft gemeint. Wenn nämlich die Kommission, die nach Isays Meinung einen Anspruch nicht zubilligen wollte, glaubte, daß eine Unterscheidung von Aufwendungen und Schäden nicht wirksam vorgenommen werden könne, so hätte sie durch besondere Bestimmung die Haftung des Auftraggebers für solche „Aufwendungen“ ausschließen müssen. Wollte sie aber die Haftung, so hätte sie den Antrag annehmen müssen. Isay übersieht dabei, daß jene Gruppe eine Minderheit war, die aber durch Ablehnung des Antrags gerade ihre Ansicht durchgesetzt glaubte: Durchsetzbarkeit des Anspruchs „in vielen Fällen“ durch Erweiterung des Aufwendungsbegriffes. Die Gruppe 1 wollte eine Haftung, die sie aber auch ohne besondere Bestimmung als gegeben ansah.

Fall herrschte meist Einigkeit, wie die Entscheidung lauten muß, aber es gelang nicht, diese im allgemeinen Rechtsbewußtsein liegende Unterscheidung in Worte zu fassen, aus denen man einen unverfänglichen Gesetzestext hätte gestalten können. So blieb der Gegensatz zwischen Gesetz und Rechtsempfinden bestehen. Konnte das gemeine Recht noch Schäden des Beauftragten gesondert auf den Auftraggeber abwälzen, weil die Quellen in diese Richtung zu weisen schienen, so ist nach der Fassung des § 670 — in Verbindung mit dem das BGB beherrschenden Verschuldensprinzip — das Problem auf den Aufwendungsbegriff beschränkt. Allerdings versuchte eine nicht unbedeutende Zahl von Schriftstellern, durch die Unterstellung eines Garantievertrages zu helfen.

Schon bald nach dem Erscheinen des BGB versuchte Brückmann[8], das übliche Merkmal der Freiwilligkeit bei der Scheidung von Aufwendungen und Schäden zu bekämpfen:

Schon der Ausgangspunkt der herrschenden Lehre bedürfe des Beweises: daß unter Aufwendung nur diejenige Vermögensminderung zu verstehen sei, die man ihrem ganzen Umfange nach auf den Willen des Handelnden zurückführen kann.

Der Beauftragte wolle, fährt Brückmann fort, unter Einsatz seiner Persönlichkeit auf dem abgegrenzten Arbeitsfelde die Zwecke und Ziele verwirklichen, die dem Mandate innewohnen. Jede Handlung, die das bezweckt, liege im Rahmen der übernommenen Aufgabe; es sei für die einzelnen Handlungen nicht charakteristisch, daß die eine Kosten verursacht, die andere aber nicht; denn das sei nur eine F o l g e erscheinung (Kosten „zur Folge" haben). Der Wille des Handelnden richte sich kaum auf die Kosten, die er als W i r k u n g e n in Kauf nehmen muß, wenn er die Sache weiter fördern will. Der Beauftragte habe nur die verursachende Aktion gewollt; daß er die einzelnen, später sich ihm als notwendig offenbarenden Impensen dann wolle, könne keinen Unterschied begründen, weil dieser Wille für sich ihm keine Entlastung verschaffen könne.

Somit erscheinen nach Brückmann auch Aufwendungen im eigentlichen Sinne u. U. als zufällig und unvorhergesehen und sind dabei doch ersatzpflichtig.

Es gebe Fälle, führt Brückmann aus, die keinerlei Kosten, zweifellos aber einen gewissen Schaden verursachen können; z. B. ein Passant wirft sich durchgehenden Pferden entgegen und erleidet einen Knochenbruch. Es sei unnötig zu sagen, er habe den Schaden — auch nur eventuell — gewollt. Der Passant habe als Geschäftsführer ohne Auftrag mit Bewußtsein

[8] A. a. O., S. 196—198

und entsprechend den Erfordernissen der negotiorum gestio gehandelt, und das genüge.

Der Gesetzgeber habe verschiedene Erfordernisse für Übernahme und Ausführung der Geschäftsführung ohne Auftrag aufgestellt. Bei der Übernahme erschaue der Gerent nur den Endzweck des Geschäfts. Es bedeute die Aufstellung einer Fiktion, ihm den Willen zu einer bestimmten Einzelhandlung zu unterschieben. Erst mit der Ausführung müsse er die der Sachlage entsprechenden Einzelhandlungen bewirken. Bringe ihm eine davon Schaden, so sei es ebenso unwahr wie unnötig zu sagen, daß er den Schaden gewollt oder nicht gewollt habe.

Während diese Ansicht bis auf den heutigen Tag nur vereinzelt Anhänger gefunden hat, ist die aus dem gemeinen Recht stammende Lehre herrschend geworden. Grundlegend für Theorie und Praxis sind die Ausführungen Andreas v. Tuhrs in seiner „actio de in rem verso“[9] geworden: einleitend grenzt er Aufwendungen von Bereicherung ab; jene werden durch das Maß des Notwendigen, diese durch den erreichten Nutzen bestimmt. Aufwendung sei nun eine Minderung, die sich der Geschäftsführer selbst zufüge; zwar haben Schaden und Aufwendung gemeinsam, daß sie eine Vermögensminderung darstellen; aber die Ursachen seien verschieden. Der Geschädigte nehme den Schadenersatzanspruch notgedrungen als Surrogat für das unfreiwillig verlorene Gut, das er ersetzt haben will, weil es zu Unrecht gemindert ist. Der Beauftragte verlange Rückerstattung des Werts für das, was er auf Grund freiwillig übernommener Verpflichtung aufgeopfert hat. Während der Beauftragte seinen Regreßanspruch mit der Aufwendung, seiner Leistung, erwerbe, entstehe die Schadenersatzforderung ohne Wissen und Wollen des Berechtigten. Daraus erkläre sich auch die Pflicht zur Rechnungslegung beim Aufwendungsersatzanspruch.

Nach v. Tuhr sind zwar grundsätzlich Schäden nicht zu ersetzen; aber er gibt anschließend[10] eine weitere Interpretation des Aufwendungsbegriffes: „In abstracto läßt sich der Gegensatz leicht formulieren, im einzelnen Falle kann es aber fraglich werden, ob man Aufwendungen oder zufällige Schädigung anzunehmen hat. Denn der Geschäftsführer hat seine Sache nicht nur dann aufgeopfert, wenn er sie unmittelbar (corpore corpori) vernichtet oder beschädigt, sondern auch dann, wenn er die Sache einer Beschädigung aussetzt (occasionem damni

[9] Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung, Freiburg und Leipzig 1895; S. 25 ff.

[10] S. 36

praestat) und diese Beschädigung tatsächlich eintritt[11]. Nur muß, damit von Verwendung die Rede sein kann, eine im Bewußtsein der Gefährdung vorgenommene Handlung des Geschäftsführers vorliegen, sonst haben wir es mit einem bei Gelegenheit der Geschäftsführung erlittenen Schaden zu tun."

In seinem „Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts"[12] spricht v. Tuhr von bedingter Aufwendung. Wer im Interesse eines anderen sich oder seine Sache bewußtermaßen einer Gefahr aussetze, habe für den Fall, daß die Gefahr sich verwirkliche, den Verlust gewollt und könne ihn als bedingte Aufwendung geltend machen.

Die herrschende Lehre lehnt also eine Kausalhaftung im BGB ab und erweitert statt dessen den Aufwendungsbegriff. Was jedoch die Art und Weise, in der diese Erweiterung vorgenommen wird, anlangt, so weichen auch die Vertreter der herrschenden Lehre voneinander ab. Während v. Tuhr die Scheidung von Aufwendungen und Schäden für schwierig hält, wird der Gegensatz von anderer Seite[13] schon nicht mehr anerkannt: er könne sich möglicherweise überhaupt verflüchtigen!

Böckel[14] stellt die begriffliche Scheidung aufs neue scharf heraus. Das BGB habe durch Aufstellung der §§ 249—252 einerseits, der §§ 256/7 andererseits klar die unterschiedliche Behandlung beider Ansprüche zum Ausdruck bringen wollen. Böckel polemisiert damit namentlich gegen Brückmann, hat ihn aber, wie es scheint, mißverstanden, denn Brückmann hat nicht behauptet, daß Aufwendungen und Schäden dasselbe seien (was ihm Böckel arg. §§ 249—252 im Gegensatz zu §§ 256/7 offensichtlich vorwirft), sondern er hat das von v. Tuhr aufgestellte Merkmal der Freiwilligkeit, das nach dessen Meinung Schäden von Aufwendungen genügend abgrenzt, für unerheblich erklärt, denn auch unfreiwillige Opfer können nach Brückmann Aufwendungen sein.

Böckel fährt fort, Aufwendung sei Aufgeben eines bestehenden Vermögenswertes um der Erreichung eines Zweckes willen. Setze jedoch der Beauftragte ein Gut der Gefahr bewußt aus und glaube er, dem Auftragszwecke auch bei Vernichtung des Gutes zu dienen, so liege eine Aufwendung vor, obwohl das Ereignis selbst unfreiwillig eintrete, deshalb — genau ge-

[11] Also besteht noch nicht in der Aussetzung selbst die Aufwendung; so nämlich Schollmeyer, „Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse", S. 123/4. Gegen ihn Leonhard, S. 252: ein Opfer sei erst mit Schadenseintritt gebracht.

[12] 1. Halbband, S. 110—111

[13] Oertmann, Kommentar zum BGB II, § 670 (5. Auflage)

[14] A. a. O., S. 376 ff.

sehen — Schaden sei. Entscheidend sei, ob der Beauftragte die Gefahr gekannt habe. Nach Maßgabe eines bekannten terminus technicus, des „dolus eventualis", sei Ersatz zu gewähren, wenn der Beauftragte auch für den Fall des Schadenseintritts die Vernichtung des Rechtsgutes gewollt hat, um den Auftrag zu fördern[15]. Der Unterschied von Schaden und Aufwendung zeige sich in ihrer Rechtsnatur. Bei Schadenersatz sei nach der Differenztheorie zu verfahren, beim Aufwendungsersatz sei Gegenstand der objektive Wert zur Zeit der Aufwendung.

Die Gegensätzlichkeit von Aufwendungen und Schäden hat eine zweite Lehre, durch André in der 1./2. Auflage des Planckschen Kommentars[16] begründet, uneingeschränkt vertreten. Sie wendet sich besonders gegen die Darlegungen der 1. Gruppe in der Kommission[17]. Schaden könne nicht „zum Zwecke der Ausführung des Auftrags" gemachte Aufwendung sein. Eine etwa eingetretene Vermögensminderung, mit der der Beauftragte gerechnet hat, könne er nie als direkt beabsichtigte Verwendung in Rechnung stellen. Mache er aber nach Eintritt des Schadens Aufwendungen, etwa zur Wiederherstellung seiner Gesundheit, so seien das keine Aufwendungen zum Zwecke der Ausführung des Auftrags.

Da nach dieser Ansicht über § 670 nur wirklich freiwillige Opfer ersetzt werden können, wird zu einem anderen Mittel gegriffen: es könne, auch stillschweigend, Garantie übernommen sein, wenn die Gefahr des Schadens von vornherein mit der Ausführung des Auftrages verbunden war.

Die Anwendung dieser Grundsätze auch auf die Geschäftsführung ohne Auftrag scheint nach dem Planckschen Kommentar außer Zweifel zu stehen, da er nur auf § 670 verweist. Andere[18] haben hier Bedenken geäußert, obwohl sie sich grundsätzlich zur Garantievertragslehre bekennen.

Die Anhänger der Garantievertragslehre beziehen sich auf

---

[15] So auch die Diss. Lewinthal, S. 44 (Freiburg 1933)

[16] Zu § 670, S. 419 (1900). Diese Lehre hat später Lobe an Hand der RGZ 96, 163 näher ausgeführt: vgl. 4. Auflage (1928), § 670, Anm. 5

[17] S. oben, S. 12

[18] Clorius (Diss. Rostock 1932), S. 26, der, da kein Vertrag vorliege, die Anwendung für die negotiorum gestio ablehnen zu müssen glaubt. Stelzner (Diss. Straßburg 1901), S. 63—65, geht von der gleichen Ansicht aus und gibt als Begründung dafür an, beim Mandat gebe der Mandant selbst den Anstoß und müsse deshalb haften. Der Geschäftsführer ohne Auftrag handle aus freien Stücken, daher auf eigene Gefahr.

die 2. Kommissionsgruppe[19] und überlassen die Entscheidung, wann eine solche Garantie zu unterstellen sei, dem Einzelfalle[20].

Vergleicht man die Lehre der Schriftsteller, die dem Rechtsempfinden durch Annahme eines Garantievertrages gerecht werden wollen, mit der herrschenden Lehre, so ist kein wesentlicher Unterschied festzustellen. Diese verhält den Auftraggeber, wenn der Beauftragte die Gefahr voraussah und bewußt einging, zum Aufwendungsersatz, jene zum Schadenersatz, wenn die Schadensgefahr von vornherein mit der Ausführung des Auftrags verbunden war; beide, auch die Vertreter der herrschenden Lehre (Böckel, Isay usw.), indem sie nur bei Freiwilligkeit Aufwendungen anerkennen. Beide machen dann die gleiche Konzession, indem jene die Übernahme von unfreiwillig eintretenden Nachteilen unter die Aufwendungen rechnen, diese unter die Garantie. Es ist bezeichnend, daß Böckel von solchem Nachteil sagt[21]: „Insofern erscheint er im engeren Tatkreise als Schaden." Beide in der Wissenschaft als gegensätzlich bezeichneten Anschauungen nehmen also völlig verwandte Differenzierungen vor.

Die folgenden Ausführungen fassen alles zusammen[22]: „Schäden, die der Beauftragte durch Ausführung des Auftrags erleidet, sind an sich[23] keine Aufwendungen. Sie sind zu ersetzen, wenn sie durch Vertrag übernommen sind. Solche Übernahme ist anzunehmen bei Aufträgen, deren Ausführung generell mit Gefahr verbunden ist, bei denen also die Schadensgefahr von beiden Teilen von vornherein in Rechnung gestellt werden mußte."

Die Begründung paßt vielleicht auf beide Ansichten[24]. Ich glaube sie aber im Sinne der hier vertretenen Meinung verstehen zu dürfen, daß, von einer echten Garantie zu unterscheiden, die Vertragsauslegung eine Gefahrenübernahme ergeben kann. Aber daneben benutzt natürlich die Literatur die Garantie. So wird, wenn der Beauftragte getötet worden ist, zum Garantievertrage gegriffen, weil man ihn auch auf eine Schadloshaltung

[19] Staudinger, Kommentar zum BGB (1929), § 670, 6

[20] So Siméon-David, „Recht und Rechtsgang" I, 1, S. 511

[21] A. a. O., S. 404

[22] Fischer-Henle-Titze, BGB-Handausgabe, § 670, Anm. 4

[23] Also gegebenenfalls wie die herrschende Lehre: doch!

[24] Vgl. einerseits Enneccerus-Lehmann, Schuldverh., S. 570, die grundsätzlich nur über § 670 Ersatz zugestehen: Schäden, mit deren Eintritt zu rechnen ist und die somit bewußt übernommen werden, lassen sich zwanglos als Aufwendungen auffassen. Und andererseits Planck, § 670, Anm. 5

der Angehörigen erstrecken zu können glaubt, während Aufwendungen nur dem Aufwendenden selbst zu erstatten sind[25].

Ähnlich äußert sich Warneyer[26].

Eck[27] erklärt, der Mandatar habe nur dann einen Ersatzanspruch für auf einer Auftragsreise erlittenen Unfallschaden, wenn der Mandant ein gewisses Risiko übernehme. Hole der Beauftragte Wertsachen aus einem brennenden Hause, so habe er bei Verletzungen Aufwendungen im Sinne des § 670 gemacht. Eck spricht also von Risikoübernahme und von Aufwendungsersatz. Leonhard bemerkt dazu (Anm. 4), es handle sich „aber freilich nicht um Aufwendungen ‚zur Ausführung des Auftrags', sondern . . . zur Ausgleichung des Schadens . . ." Eck scheine die Ansicht zu vertreten, daß der Auftraggeber den Ersatz aller solcher Schäden versprechc. Leonhard scheidet also und stellt Garantieversprechen heraus. Eck hat sicher keinen Unterschied gesehen.

Auch Crome[28] erklärt eine Haftung aus stillschweigender Übernahme und aus Aufwendungsersatzpflicht für denkbar.

Ein Punkt, in dem die Literatur wirklich oder scheinbar stark auseinandergeht, ist der der Voraussehbarkeit des Schadens. Diese Abweichungen bestehen auch innerhalb der Andréschen wie der herrschenden Lehre.

Isay erklärt, nur voraussehbaren Schaden könne man auf den Auftraggeber abwälzen, während Lobe (bei Planck) darauf abstellt, ob die Gefahr des Schadens von vornherein mit der Ausführung des Auftrags verbunden war.

Leonhard und Stelzner verlangen dagegen, daß der Schaden wirklich vorhergesehen wurde.

Kannten beide die Gefahr, so wird nach Matthiaß[29] der Beauftragte sie haben übernehmen wollen; nach Oertmann muß sie dann der Auftraggeber wegen der Gefälligkeitsnatur des Auftrags tragen. Nach Staudinger haftet der Auftraggeber nur, wenn er allein die Gefahr kannte. Nach Böckel und Lewinthal schließlich kommt es nur darauf an, ob der Beauftragte auch für den Fall des Schadenseintritts die Vernichtung des Rechtsgutes wollte.

[25] Vgl. Enneccerus-Lehmann, a. a. O.

[26] Kommentar zum BGB I, § 670 (II). 2. Auflage

[27] Vorträge zum BGB, Band I, S. 535 (1903), fortgeführt von Rudolf Leonhard

[28] System des deutschen bürg. Rechts, 2. Band: Schuldverhältnisse; § 252: Geschäftsbesorgung.

[29] Lehrbuch des bürg. Rechts (1914), S. 397

Am weitesten geht die Ansicht Dernburgs[30], nach der der Richter nur auf die Kausalität abstellen („unmittelbar aus der Ausführung des Auftrags sich ergebende Zufälle") und im übrigen lediglich nach Treu und Glauben entscheiden soll.

Es braucht auf diese Ansicht nur kurz eingegangen zu werden, da sie heute kaum noch Bedeutung hat. Böckel[31] hat sich eingehend mit ihr beschäftigt und alles Wesentliche dagegen vorgebracht. Man wird ein für allemal daran festhalten müssen, daß es sich bei der Bestimmung des § 242 um eine Regelung der Leistungsart handelt[32]. Das Schuldverhältnis selbst muß bereits existieren. Man kann einen vorhandenen Aufwendungsersatzanspruch im Sinne des § 242 ausfüllen, nicht aber eine vom Gesetz nicht vorgesehene Schadenersatzpflicht des Auftraggebers, nur weil sie im einzelnen Falle billig erscheint, statuieren.

Uneingeschränkt führt dagegen Kohler[33] die herrschende Terminologie durch, wenn er Verluste des Beauftragten den Aufwendungen gegenüberstellt und nur die letzteren ersetzen läßt; besonders Lebensopfer seien nicht ersatzfähig.

Ähnlich Endemann[34]: der Auftraggeber haftet für Schaden nicht. Der Beauftragte mag die etwa drohenden Gefahren vorher abmessen und danach erwägen, ob er den Auftrag übernehmen will.

Auch Rümelin[35] lehnt jeglichen Schadensausgleich ab, und zwar aus erzieherischen Gründen. Der Beauftragte als Handelnder habe die Möglichkeit, dem Schaden auszuweichen. Entlaste man ihn durch eine Haftung des Auftraggebers, so werde er sich weniger Mühe machen, den Nachteil zu vermeiden. Man belasse daher am besten den Schaden beim Beauftragten. Die Begründung ist geradezu bestechend, dürfte aber in den wenigsten Fällen zutreffen, da sie voraussetzt, daß der Beauftragte wenigstens eine entfernte Möglichkeit hat, dem Schaden zu entgehen. Ist dies aber der Fall, so wird regelmäßig ein Aufwendungsersatzanspruch nicht mehr gegeben sein, da der Beauftragte innerhalb des Auftragsvertrages für jede Sorgfalt einzustehen hat. Der Rümelinsche Praeventivgedanke hat hier

[30] „Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens", Schuldverhältnisse, § 297 III (4. Auflage)

[31] A. a. O., S. 414 ff.

[32] Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, S. 16

[33] Lehrbuch des bürg. Rechts II, 1, S. 391 (1906)

[34] Lehrbuch des bürg. Rechts, § 173, Anm. 21; ebenso Türcke-Niedenführ-Winter, „Das bürg. Recht" I, § 670, Anm. 4, S. 607 (3. Aufl., 1911)

[35] Arch civ Prax 88, 314

wenig Sinn, im Gegensatz besonders zur Haftpflichtversicherung, wo ja der Versicherer auch für Schäden aus fahrlässigem Verhalten des Nehmers einstehen muß. Hier ist in der Tat die ernste Gefahr vorhanden, daß der Versicherungsnehmer die im Verkehre erforderliche Sorgfalt nicht genügend walten läßt.

Rümelin hat, obwohl er die Konsequenzen daraus ablehnte, das Verdienst, wieder auf die einseitige Interessenlage beim Auftrage hingewiesen zu haben. Andere haben diesen Gedanken weiter ausgeführt.

Stammler[36] gibt ein Beispiel: der Beauftragte beaufsichtigt Arbeiter im Auftrage des Mandanten. Er sieht, wie sich Felsblöcke lösen und die Arbeiter bedrohen. Er rettet die Arbeiter, wird aber selbst schwer verletzt. Der Beauftragte müsse vom Auftraggeber schadlos gehalten werden, da er zu solchem Einsatz nicht verpflichtet war. Der Auftraggeber habe den Vorteil, denn ihm seien damit die Dienste der Arbeiter erhalten geblieben[37]. Auch die ungewisse Gefahr eines Unfalls, der bei seiner, des Auftraggebers, Angelegenheit geschah, erscheine nur als Ausgleichung des von ihm bezogenen Nutzens. Stammler meint wohl Folgendes: der Auftraggeber ist an der Wahrnehmung seiner Angelegenheit allein interessiert und muß daher die Gefahr eines dabei entstehenden Unfalles tragen.

Müller-Erzbach[38] läßt den Schaden immer beim „Interessenten". Eine stillschweigende Haftungsübernahme lehnt er ab, da auf diese Weise ein Wille der Parteien fingiert werde. Da man Gefälligkeitsdienste fördern müsse, so könne der Beauftragte nicht über das Maß des Übernommenen hinaus belastet werden. Er wolle aber nur den Auftrag ausführen, nicht Schäden, die ihm aus unvermeidlichen Gefahren drohen, selbst tragen. —

Diese empirische Auslegung des Parteiwillens ist etwas vag formuliert. Die „Unvermeidlichkeit der Gefahr" ist keine immer zutreffende Konsequenz der Interessenlage. Die Quintessenz der Müller-Erzbachschen Ausführungen ist denn auch die gleiche wie bei den anderen Wissenschaftlern: „Der Mandant trägt danach die untrennbar mit dem Geschäfte verbundenen Gefahren."

Neue und wesentliche Gesichtspunkte bringt Hoeniger[39] in die Debatte. Er geht zwar auch vom herkömmlichen Auf-

[36] „Richtiges Recht", S. 224

[37] Eine sehr gezwungene Begründung, da die Arbeiter freie Leute sind.

[38] Arch civ Prax 106, 459 ff.

[39] Archiv für bürgerliches Recht 35, 272 (1910)

wendungsbegriffe aus, scheint aber die Gegensätzlichkeit von Aufwendungen und Schäden nicht mehr anzuerkennen, weil er eine Analogie vorschlägt. Hoeniger legt dar[40], die exakte Auslegung des Aufwendungsbegriffes sei an sich richtig, aber bei bewußter Gefährdung sei es gleichgültig, wie sich die Gefahr konkret verwirkliche. Begrifflich liege keine Aufwendung vor, aber etwas, das eine entsprechende Anwendung rechtfertige.

Hoeniger ist mit seinem Analogievorschlag allgemein abgelehnt worden, weil eine Rechtsähnlichkeit, wie sie zur Analogie nötig ist, nicht gegeben sei, sondern es sich um einander ausschließende Gegensätze handle.

Hoeniger hat das Verdienst, darauf hingewiesen zu haben, daß man nicht nur Vermögenswerte aufwenden kann, sondern auch Güter wie Leib und Leben. Damit wird die Grenze zum Schaden flüssig, obwohl Hoeniger sie noch begrifflich aufrecht erhalten will.

Den von Rümelin angeregten, von Stammler und Müller-Erzbach verwendeten Gesichtspunkt der Interessenberücksichtigung setzt Hoeniger in ein „Prinzip der abzuwägenden Interessen" um, wenn man es einmal so nennen darf. Nicht jeder Ersatzanspruch von beliebiger Höhe könne gewährt werden, da „der Unterschied . . . zwischen Vermögensaufwendung und Gesundheitsopfer . . . nicht ignoriert werden" könne. Bei übermäßigen Aufwendungen könne der Geschäftsherr das Geschäft als seinem Interesse widersprechend ablehnen, aber der Einsatz von Leib oder Leben liege im Interesse der Lebensrettung, von der Hoeniger handelt. Trotzdem müsse auch hierbei gefordert werden, daß „die Größe des tatsächlich gebrachten Opfers an der Gesundheit in einem angemessenen Verhältnisse zu dem geretteten Gute steht". Hoeniger kommt zu dem Ergebnis: „Der Retter kann also einen Ersatzanspruch nur in der Höhe geltend machen, als billigerweise dem Geretteten unter Berücksichtigung seiner gesamten Erwerbs- und Vermögensverhältnisse zu leisten zugemutet werden kann."

Beim Geschäftsbesorgungsvertrag müsse man[41] bei einem etwa vereinbarten Entgelt feststellen, ob darin eine Gefahrenvergütung bereits enthalten sei. Sei das nicht der Fall, so müsse der Auftraggeber den Schaden tragen.

---

[40] A. a. O., S. 274

[41] A. a. O., S. 280

III. Kritik der beiden Hauptmeinungen.

(v. Tuhr — André)

1. Die Unterscheidungen von Aufwendung und Schaden.

Die deutsche Wissenschaft steht noch heute im wesentlichen auf dem Standpunkt, den sie im Anfang des 20. Jahrhunderts eingenommen hat, als sich v. Tuhrs Ansicht durchsetzte. Man kann hier von einer Mittelmeinung sprechen: grundsätzlich schließen sich Schäden und Aufwendungen aus, da die letzteren freiwillig gemacht werden. Es gibt aber Fälle, in denen auch Schäden als freiwillig übernommen gelten; sie sind dann wie Aufwendungen zu behandeln und können auf Grund des § 670 BGB gegen den Auftraggeber eingeklagt werden. Wann es sich um solche Ausnahmefälle handelt, wird auf die verschiedenste Weise beantwortet[1]. Wesentlich ist nach den meisten, daß die Parteien den Schadenseintritt vorausgesehen haben; aber auch hier besteht Uneinigkeit, besonders wenn beide Teile den Schaden voraussahen. Nach anderer Auffassung kommt es darauf an, ob der betreffende Nachteil eine hohe Gefahrenquote enthielt.

Diese Ansicht — in ihren wichtigsten Sätzen durch v. Tuhr begründet — wahrt die Gegensätzlichkeit von Aufwendungen und Schäden nicht mehr, auf der sie aufbaut. Sie subsumiert Nachteile, die in ihrer Erscheinungsform als Schäden nicht zu verkennen sind, unter den Aufwendungsbegriff. Damit erreicht v. Tuhr schon für den größten Teil aller in Frage kommenden Fälle billige Ergebnisse; nur bedürfte seine Lehre noch einer näheren Ausführung, was denn den Unterschied zwischen Aufwendung und Schaden begründet, da die Freiwilligkeit nicht mehr als Merkmal genügt. Immerhin wird die abwegige Meinung, das BGB habe eine Erfolgshaftung für Schadenersatz aufstellen wollen, abgelehnt. Insofern ist Isay beizutreten, wenn er ausführt, eine Parallele zum Verwahrungsvertrage zeige[2], daß das BGB nur bei Verschulden eine Schadenersatzpflicht zulasse.

Es scheint auch nicht allein, worauf v. Tuhr abstellt, auf das Gefahrenbewußtsein des Geschäftsführers anzukommen.

---

[1] S. oben, S. 19

[2] Protokolle II, 401

Denn es gibt Fälle, in denen er sich nicht bedroht fühlt und dennoch ersatzberechtigt sein muß[3].

Leider hat v. Tuhr seine Lehre nur theoretisch dargelegt, ohne ihre — als durchaus segensreich zu betrachtenden — Auswirkungen auf die Praxis zu untersuchen. Hauptvertreter seiner Lehre ist Böckel geworden. Sein Hinweis auf die beim Schadenersatz statthabende Differenztheorie im Gegensatz zu dem beim Anspruch aus § 670 anzuwendenden Ersatz des objektiven Wertes geht insoweit fehl, als sie die grundsätzliche Trennung verständlich machen soll. Neben der Differenztheorie ist selbst bei der konkreten Schadensberechnung Raum für eine objektive Wertbemessung, wie schon mit einleuchtender Begründung dargetan worden ist.[4]

Auch Böckel stellt lediglich auf die Tatsache der Gefahrenkenntnis ab, verlangt aber noch die Absicht der Zweckförderung seitens des Beauftragten, die sich allerdings schon aus dem Wortlaut des § 670 „den Umständen nach für erforderlich halten" ergibt. Immerhin scheint uns die Tatsache der Gefahrenkenntnis eine heikle Voraussetzung zu sein, da sie oft von Zufälligkeiten abhängen wird; besser erscheint es, auf eine Voraussehbarkeit, also ein Voraussehenkönnen des Schadens abzustellen.

Eine zweite Gruppe, die, wie wir sahen[5], nicht wesentlich von der herrschenden (v. Tuhrschen) Lehre abweicht, läßt zwar keine Ausnahmen vom Prinzip — Aufwendungen und Schäden schließen sich aus — zu, hilft aber dem Beauftragten, indem sie einen stillschweigenden Garantievertrag, durch den der Auftraggeber die Gefahr übernimmt, unterstellt.

Der Bearbeiter des Planckschen Kommentars begründet diese konsequente Scheidung, indem er ausführt, eine ohne oder gegen den Willen des Beauftragten eingetretene Vermögensminderung könne dieser nie als „direkt beabsichtigte Verwendung" in Rechnung stellen. Er bleibt uns dabei den Beweis schuldig, warum eine Vermögensminderung, um Aufwendung zu sein, „direkt beabsichtigt" gewesen sein muß.

Brückmann[6] lehnt einen Gegensatz von Aufwendungen und Schäden ab. Und in der Tat sind die begrifflichen Trennungs-

[3] Vgl. unten, E II, den zweiten der vom Schweizer Bundesgericht entschiedenen Fälle: Amtliche Sammlung 51 (II), 183; ähnlich der erste Fall aus der deutschen Rechtsprechung, unten D, S. 36. OLG 14, 58

[4] Darauf kann hier nicht näher eingegangen werden; vgl. Neuner, „Interesse und Vermögensschaden", Arch civ Prax 133, 277 und Wilburg, in Jherings Jahrbüchern 82, 51

[5] Oben S. 18

[6] S. oben, S. 14—15

versuche als gescheitert anzusehen. Es gibt zweifellos Aufwendungen, die der Beauftragte machen muß, die von seinem Willen völlig unabhängig sind. Man denke an einen wider Erwarten in der Bahn erhobenen Zuschlag, an eine Verurteilung des Beauftragten aus einem Vertrage, den er mit einem Dritten im Auftrage des Mandanten im eigenen Namen abgeschlossen hatte. Brückmann hat daher Recht, wenn er es auf den unmittelbar verursachenden Willen nicht ankommen läßt.

2. Unterstellung eines Garantievertrages.

Die Lösung, mit der André auf etwas willkürliche Weise zu brauchbaren Ergebnissen kommt, ist nicht bedenkenfrei:

Eine Übernahme der Gefahr muß, als Garantieversprechen oder -vertrag, auf dem Willen der Parteien beruhen, und es ist fraglich, ob in allen Fällen, in denen eine Belastung des Auftraggebers mit dem Nachteil angemessen erscheint, er an eine Gefahr gedacht oder gar sie zu übernehmen gewillt war[7]. Mit Recht weist Böckel[8] daraufhin, daß der Garantievertrag ein contractus sui generis schon im römischen Rechte gewesen sei, daß man ihn also nicht einfach dem Auftrage „imputieren" könne. Den Kreditauftrag, der ein Garantieversprechen enthält, hat das BGB ausdrücklich gesondert geregelt. Und beim dem Auftrag verwandten Verwahrungsvertrage ist in § 694 eine ausdrückliche Regelung getroffen, die jedoch lediglich die Beweislast umkehrt, ohne eine Haftung ohne Verschulden aufzustellen. Man kann unter Bezugnahme auf Windscheid[9] sagen, daß regelmäßig der Auftrag besonderer Umstände tatsächlicher Art, die die Annahme eines Garantievertrages rechtfertigen, entbehrt.

André-Lobe nehmen ein Garantieversprechen insbesondere an, falls die Gefahr von vornherein mit der Ausführung des Auftrags verbunden war. Sie geben damit eine ähnliche Gebrauchsanweisung für ihre Theorie wie v. Tuhr, denn bei objektiv gefährlicher Ausführung wird sich der Beauftragte dieser Gefahr meist auch bewußt sein.

Die Entschuldigung, die man für die Unanwendbarkeit einer Garantieunterstellung bei der Geschäftsführung ohne Auftrag gegeben hat[10], bleibt völlig im Theoretischen stecken: da beim

[7] Deshalb schränkt Arimond, S. 29, mit Recht die Annahme eines Garantievertrages außerordentlich ein.

[8] A. a, O. S. 420; ebenso Enneccerus-Lehmann, a. a. O., § 194, II, 1

[9] Pandekten II, § 412, 2 (9. Auflage)

[10] Oben, S. 17. Besonders die österreichische Wissenschaft gibt eine solche Begründung zu § 1036 öst. ABGB; vgl. Ehrenzweig II, 1, § 414 I, 1

Mandat der Mandant selbst den Anstoß gebe, liege es nahe, ihn mit dem Nachteil zu belasten. Damit bleibt das große Gebiet der Hilfe in Notfällen unberücksichtigt, sei es, daß der Helfer völlig von sich aus eingreift, oder daß ein Vertrag nicht zustandekommen konnte, weil der Ruf des in Not Befindlichen als Willenserklärung mit Mängeln behaftet war.

C. Stellungnahme.

I. Die Begriffe.

1. Es ist alte Lehre, Aufwand und Schaden zu unterscheiden, und zweifellos haben die beiden Begriffe je einen verschiedenen Bereich. Aufwendungen sind Opfer für einen bestimmten Zweck: Schaden ist Zerstörung oder Beschädigung eines Gutes, und der Ersatz ist Ausgleich dafür. Damit hängt die grundsätzliche Unterscheidung in den Rechtsordnungen, die das Verschuldensprinzip aufgenommen haben, zusammen, daß ein genügender Grund zur Schadloshaltung des Betroffenen nur das Verschulden eines anderen ist, dagegen Aufwendungen nicht wegen Verschuldens vergütet werden, sondern weil das Opfer der heranzuziehenden Person zugute kommt oder von ihr gewollt ist.

Unsere Lehre weist aber Übergänge auf zwischen diesen beiden Bereichen. Der Geschäftsführer, der, beauftragt oder nicht, seine Lebens- oder Vermögensgüter im Interesse des Geschäftsherrn Gefahren aussetzt, verhält sich für den Fall der Verwirklichung der Gefahr als Opfernder, Aufwendender. Den Schaden, den er hieraus wirklich erleidet, hat er also bedingt gewollt[1] und in die Vertragserfüllung einbezogen. Alle die zahlreichen und wichtigen Fälle, wo sich dies ereignet, aus dem Bereich der Aufwendungen auszuschließen, war ein Anfangsfehler, den man nun schon längst hätte gründlich aufgeben sollen. Was von der einen Seite her betrachtet Schaden ist, stellt sich auf der andern als Folge einer aufwendungsmäßigen Aussetzung des geschädigten Gutes dar. Ein solcher Grenzfall liegt besonders deutlich da vor, wo der Beauftragte zum Vertragsschadenersatz an einen Dritten verurteilt wird[2].

2. Außerdem beging man einen zweiten fast unentschuldbaren Fehler, indem man die Aufwendungen auf die Aufopferung von Vermögensrechten beschränkte. Dieses Vorurteil ist von

[1] Insofern stehen wir v. Tuhr nahe.

[2] Vgl. unten, E IV, S. 70, den Fall Powell et al. v. The Trustees of the Village of Newburgh

den meisten Schriftstellern[3] noch heute nicht überwunden; es hat keinen einzigen verständlichen Grund anzuführen.

Bei einer Bluttransfusion ist die Spendung eine Aufwendung. Hält A den Arm vor B's Gesicht, um ihn vor einem Messerstich des C zu schützen, so wendet A seine Integrität auf. Es handelt sich nicht „zwar" um einen Schaden, der „aber", da er vorausgesehen wurde, „wie" eine Aufwendung ersetzt werden muß, sondern dieser Schaden i s t Aufwendung.

3. Gibt man diese beiden willkürlichen Einengungen auf, so erlangt man einen weiten Begriff der Aufwendungen. Die Folge davon ist natürlich nicht etwa, daß in allen dahin zählenden Fällen immer eine Ersatzpflicht des Geschäftsherrn ohne dessen Verschulden bestände. Auch kein engerer heute gebrauchter Begriff hat eine solche Bedeutung. Vielmehr wird es nur möglich, innerhalb dieses erweiterten Bereichs die entscheidenden Gesichtspunkte ungezwungen und folgerichtig zu entwickeln.

II. Die Methode zur Lösung des Problems.

Die Besprechung des Schrifttums zeigte zur Genüge, daß die einfachen Lehrsätze, die allgemeine Gültigkeit für alle Aufwendungen beanspruchen, zu unpassenden Ergebnissen führen. Das Gebiet zerfällt in mehrere, vielleicht zahlreiche Gruppen von Fällen, und die maßgeblichen Grundsätze sind ebenfalls nicht einfach zu fassen. Um bei der bevorstehenden Überschau über die Rechtsprechung die heiklen Fragen herausstellen zu können und Wiederholungen nach Möglichkeit zu vermeiden, sollen hier vorweg die Grundsätze genannt werden, die heute entweder als sicher anerkannt gelten dürfen oder uns doch grundlos bestritten werden.

A. Beim Auftrag bestimmt natürlich der Vertrag — oder genauer gesprochen die Auslegung des Vertrages — die Aufgaben des Beauftragten. Ebenso ist die Auslegung maßgebend dafür, ob die Gefahr von dem einen oder andern Teil übernommen ist.

1. Allgemeiner Satz.

Bei der unentgeltlichen Natur des Auftrags spricht die Vermutung dafür, daß der Auftraggeber gewisse Gefahren übernommen hat, die im folgenden näher bestimmt werden:

[3] Besonders die Anhänger Andrés halten daran fest; vgl. oben, B II, S. 17. Aber auch die herrschende Lehre zählt Opfer an nicht vermögenswerten Gütern nur ausnahmsweise zu den Aufwendungen.

a) Das Mindeste an Auslagen usw., was dem Beauftragten zu ersetzen ist, muß sein, was nach dem Willen beider Parteien, wie er gemäß Auslegung im Vertrage erklärt wurde, für die Erreichung des Auftragszieles notwendig erachtet wurde.

Das wird deutlich an dem Urteil RGZ 75, 212[4]. Die Zahlung der erhöhten Umsatzsteuer war notwendig zur Auflassung an C.

Insbesondere sind hier die Urteile der amerikanischen und englischen Gerichte heranzuziehen, bei denen in Frage steht, ob Auslagen, die durch plötzlich eingetretene Kursschwankungen[5], durch unerwartet eingeführte Steuern auf die Übertragung von Wertpapieren[6] nötig wurden, vom Makler oder vom Auftraggeber zu tragen sind. „The employment . . . implies a promise on the part of the principal to repay . . . for such losses or expenditures as may become necessary or result from the performance of the agency."[7]

b) Dem wird mit Fug ohne weiteres gleichbehandelt, daß der Schaden — und nicht bloß die Gefahr — von beiden Teilen vorausgesehen wurde.

c) Anzureihen ist sachlich wohl in Übereinstimmung mit v. Tuhr und Oertmann, daß die Gefahr, aus der sich nachträglich der Schaden ergibt, von beiden Teilen

a) vorausgesehen wurde,

b) vorausgesehen werden mußte, weil sie „im Sinne des Verkehrs typisch berechenbar" (Oertmann) ist,

c) infolge der besonderen Umstände des Falles als mit der Ausführung des Auftrags notwendig verbunden angesehen werden mußte.

Zu *b)* und *c)*: durch diese Erweiterung wird man einheitlichere Ergebnisse erzielen. Die Tatsache der Gefahrenvoraussicht wird z. B. oft von einer zu besonders ängstlicher Vorsicht neigenden Veranlagung des Einzelnen abhängen. Dagegen gibt die Anreihung vorausseh barer und mit der Ausführung des Auftrags notwendig verbundener Gefahren einen objektiven, d. h. überall in gleicher Weise zutreffenden Maßstab.

Daß die Parteien annahmen oder annehmen mußten, der Schaden würde bestimmt eintreten, wird hier nicht ge-

---

[4] Siehe unten, D, S. 40

[5] Bibb v. Allen, siehe unten, E IV, S. 72

[6] Bayley v. Wilkins, siehe unten, E III, S. 65

[7] Aus der Begründung des Supreme Court of the United States im Falle Bibb v. Allen (Anm. 5).

fordert. Der Schaden braucht nur „voraussehbar" in dem Sinne zu sein, daß die Parteien mit ihm rechnen mußten[8].

d) Begreifen wir im Tatbestand des § 670 BGB unter den Aufwendungen auch die Übernahme einer Gefahr, so ergibt sich, daß das Gesetz alle bisher aufgezählten Fälle anerkennt und noch erheblich weiter geht: auch schon die einseitige, aber gerechtfertigte Annahme des Beauftragten, daß die Eingehung der Gefahr für die Erfüllung des Vertrages nötig sei, genügt.

Die Lehre Hoenigers, daß zwischen dem geförderten Gut und dem zu ersetzenden Opfer Verhältnismäßigkeit bestehen müßte, hat kaum eine Bestätigung in der Praxis[9] und kommt wohl nur ausnahmsweise in Betracht: Ist ein besonders hochwertiges Gut zu retten, wie wenn eine Mutter händeringend bittet, ihr Kind aus dem brennenden Haus zu bergen, so spricht die Vermutung dafür, daß sie für die damit verbundene Lebensgefahr des Retters mit Vermögensfolgen einzustehen verspricht; bisweilen spricht die Vermutung geradezu für einen echten Garantievertrag. Doch kann man mit Unterstellung eines Garantievertrages auch in solchen Fällen nur mit Vorsicht operieren.

Auf eine objektive Proportionalität kann es dabei sicherlich nicht ankommen. Geht man davon aus, daß nach der Übernahme der Auftrag oft einen Verlauf nimmt, den keiner der beiden Vertragsteile vorhersehen konnte, sondern daß der Beauftragte vielleicht weit vom Auftraggeber entfernt ist und nur die Weisung bekommen hat, eine allgemein gefaßte Aufgabe zu erfüllen, so ist der Mandatar gezwungen, nach eigenem Gutdünken als Wahrnehmer der auftraggeberischen Interessen zu handeln[10]. Wenn Titania die Mignon wegen ihres Taschentuches in die Flammen schickt, so ist ebenso zu entscheiden, weil die Wertung einseitig von der Auftraggeberin erfolgt und Mignon nicht gerade „das Risiko gegen das Vertragsobjekt" abwägt. Sonst freilich wird der Fall, daß jemand für ein geringes fremdes Gut schwere Gefahren auf sich nimmt, sich

[8] Während Swoboda (im Klangschen Kommentar, s. unten, E I, S. 51) wie wir auf das Voraussehen können abstellt, verlangt der österr. Oberste Gerichtshof, daß nicht die bloße Möglichkeit, sondern die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts vorhanden gewesen sein muß, um ersatzbegründenden von zufälligem Schaden zu scheiden (vgl. Glaser-Unger-v. Walther, Nr. 8245, S. 19). Unserer Meinung nach genügt es, wenn man mit dem Nachteil generell rechnen kann: im Laufe von bestimmten Zeiträumen pflegt er soundsooft einzutreten.

[9] Vgl. das Urteil des Schweizer Bundesgerichts: Amtliche Sammlung 48 (II), 487, unten, E II, S. 57 f.

[10] Dazu Brückmann, a. a. O., S. 196/7

im einzelnen Falle danach bestimmen, ob er diese Aufwendung für „den Umständen nach erforderlich“ halten durfte, also keinerlei Regel rechtfertigen; auch nicht von vornherein die Ablehnung des Ersatzes.

Immerhin verlangt § 670, daß der Beauftragte erwägt, ob die in Frage kommende Aufwendung (darunter muß auch eine Schadensaufwendung fallen) unter den gegebenen Umständen erforderlich erscheint. Betrifft diese Erwägung nur eine auf freiem Willen beruhende Auslage (also eine Aufwendung auch im Sinne Andrés), so wird der Beauftragte das, was er mit der Aufwendung erreichen will, und den Betrag der Auslage vergleichen und danach ohne Mühe entscheiden, ob es zum Zwecke der Auftragsausführung angebracht ist, die Ausgabe zu machen. Er kann beide Beträge in einen Wertvergleich ziehen und hat nur ein einfaches Rechenexempel zu lösen.

Anders bei der Erwägung, ob er das Risiko, einen Schaden zu erleiden, eingehen soll. Es besteht vielleicht eine hohe Wahrscheinlichkeitsquote, aber keine Sicherheit (z. B. einer Lungenentzündung, wenn er den A im Winter vom Tode des Ertrinkens retten will). Es wäre unbillig, etwa eine Verhältnismäßigkeit von Schadenswahrscheinlichkeit und Erfolgschance aufzustellen, also zu sagen:

Es war zu erwarten, daß er sich eine Lungenentzündung holen würde bei dem Versuch, den A zu retten. Und dabei hätte er sich als vernünftiger Mensch sagen müssen, daß sein Unternehmen kaum Erfolg haben würde: die Lungenentzündung war bedeutend sicherer als die Rettung des A.

So weit dürfen wir nicht gehen, aber die Formel des § 670 „den Umständen nach für erforderlich halten“ muß uns eine Grenze geben, jenseits deren wir dem, der ein Risiko läuft, keinen Ersatz mehr zugestehen[11]. Es gibt Fälle, in denen es sinnlos erscheint und mit vernünftiger Wahrnehmung fremder Interessen unvereinbar, für unwichtige Werte hohe Güter einer an Sicherheit grenzenden Schadensgefahr auszusetzen[12].

Wo Leben für Leben in Gefahr gebracht wird, obwohl die Wahrscheinlichkeit besteht, daß auch das eingesetzte Gut ohne Erfolg untergeht, müssen wir allerdings regelmäßig dennoch einen Ersatz gewähren, denn sonst hätte, um mit dem englischen Richter Maugham[13] zu sprechen, das Gesetz eine zu niedrige

[11] Vgl. Ehrenzweig II, 1, § 414 I, 1: „Für einen Rettungsversuch, dessen Aussichtslosigkeit von Anfang an erkennbar war, gebührt kein Ersatz.“ Vgl. auch Glaser-Unger, Sammlung VI, Nr. 2431: Kosten eines aussichtslosen Rekurses.

[12] In diesem Sinne Haymann, JW 1932, 367, der jedoch unseres Erachtens zu weit geht.

[13] Fall Haynes v. Harwood; vgl. unten, E III, S. 63

Meinung vom Menschengeschlecht, um das Verhalten junger, gesunder Leute, die sich zur Rettung einer in Gefahr befindlichen Person derselben Gefahr aussetzten, in seiner natürlichen Gebotenheit zu würdigen.

2. Einzelne Gruppen.

a) Aus der Ersatzpflicht des Auftraggebers werden wir das ausscheiden müssen, was als „allgemeine" oder „vertragsfremde Nachteile" bezeichnet werden kann. Die Gruppe ist anerkannt. So spricht RGZ 94, 170 von „zufälligen Gefahren", RGZ 98, 200 von „allgemeinen Gefahren des Reisens" im Gegensatz zu der „besonderen Gefahr des erteilten Auftrags", also einer Gefahr, die man am besten als vertragseigen, -bedingt, -typisch kennzeichnet. Ein österreichischer Schriftsteller spricht im Gegensatz zu dem infolge des Auftrags erlittenen Schaden davon, daß der Beauftragte bloß „gelegentlich der Ausführung des an sich ungefährlichen Auftrags einen zufälligen Schaden erlitten" hat.

Der Gedanke ist dabei nicht immer derselbe. Der eine will wohl vom Standpunkt der Betrachtung des Kausalzusammenhanges solche Einbußen ausnehmen, die nicht sicher durch den Auftrag verursacht sind[14]. Der andere stellt die spezifischen Gefahren, die der Auftrag mit sich bringt, den allgemeinen gegenüber, die jeder immer läuft. Ist z. B. dem Beauftragten, als er auftragsgemäß zum Briefkasten ging, ein Dachziegel auf den Kopf gefallen, so würde vom ersten Standpunkt gesagt werden, die Wahrscheinlichkeit eines derartigen Unfalles war gleich groß, ob der Beauftragte eigens zum Kasten ging oder sonstwohin auf die Straße. Wenn wir argumentieren, daß bei einem Gang zum Briefkasten, den man gefälligkeitshalber für jemanden übernimmt, die Wahrscheinlichkeit, einen Dachziegel auf den Kopf zu bekommen, ebenso gering ist, als wenn man die Zeit dazu benützte, um z. B. einen Freund in eigener Angelegenheit zu besuchen, so ist der zweite Gedanke entscheidend. Es sind allgemeine Gefahren, man könnte sie — vielleicht weniger anschaulich — „gewöhnliche" nennen, ebenso wie in § 906 BGB „gewöhnliche" Immissionen der Regel entgegen zu keinem Verbot berechtigen. Würde man auch solche Schäden einbeziehen, so würde der Auftraggeber, um einen anschaulichen Ausdruck aus der amerikanischen Judikatur zu gebrauchen zum prämienlosen Unfallversicherer: principal is not an insurer of agent!

Selbst eine Entschädigung bis zum Werte der Leistung des Beauftragten, wie er sich, wenn der Vertrag entgeltlich wäre,

[14] Vgl. unten, D, S. 44

im Lohne ausdrücken würde, ist unangebracht. Das österreichische Gesetz allerdings läßt in § 1015 dem Beauftragten Schaden bis zu dem Betrage ersetzen, der „ihm bei einem entgeltlichen Vertrage zur Vergütung der Bemühung nach dem höchsten Schätzungswerte gebührt haben würde", und zwar trifft es diese Bestimmung gerade für den „bei der Geschäftsführung nur zufälligerweise" erlittenen Schaden.

Der Gedanke, dem unentgeltlich handelnden Mandatar wenigstens ein Entgelt nachträglich zuzubilligen, wenn er den Schaden erleidet, wäre also nicht so fernliegend, aber auch ein begrenzter Ersatz erscheint uns für den an dieser Stelle besprochenen Schaden unbillig. Auch in begrenztem Umfang soll der Auftraggeber nicht zum Unfallversicherer werden.

Auch eine Entschädigung im Verhältnis zum Werte der Leistung des Beauftragten ist mindestens hier abzulehnen. Man kann dem Mandatar nicht, weil er eine unwichtige Angelegenheit besorgte, zwar den dabei durch einen Wespenstich erlittenen Schaden ersetzen und ihm die Heilungskosten, wenn er vom Auto überfahren worden ist, selbst aufbürden.

Wenn Böckel[15], um die Haftung abzulehnen, anführt, der Beauftragte wäre vielleicht auch sonst des Vergnügens halber nach Paris gefahren, so kann dieser Einwand sich nur gegen den Ersatz der vertragsfremden Nachteile richten, womit wir im Ergebnis völlig übereinstimmen. Schäden, die ihn ebenso getroffen haben würden, wenn er lediglich vergnügungshalber nach Paris gefahren wäre, sind typische allgemeine Nachteile. Nicht weil der Beauftragte aus Egoismus handelt, wird eine Ersatzpflicht des Auftraggebers geleugnet. Es kommt nur darauf an, ob der Schaden ein allgemeiner ist. Deshalb widerlegt sich Böckel selbst, wenn er mit der Bemerkung abschließt, der Beauftragte solle Schäden, die trotz aller von ihm angewandten Sorgfalt eintreten, tragen „als eine Fügung des blinden und brutalen Zufalles! Bedroht uns doch das Leben allerorten und allstündlich mit Verlusten, für die uns keine noch so vollkommene Rechtsordnung Ersatz zu schaffen vermag!"

Gegenüber den „allgemeinen" Gefahren bleiben die Gefahren des konkreten Auftrags übrig. Sie sind teils typisch für Geschäfte der gleichen Art, teils folgen sie ganz eigenartig aus den besonderen Umständen, ohne den Charakter als vertragseigene zu verlieren.

b) Das Preußische Landrecht I 19 § 81 ließ den Auftraggeber für eine Gefahr haften, wenn er die ausdrückliche Weisung zu

[15] A. a. O., S. 496

der die Gefahr hervorrufenden Handlung erteilt hat. Der VI. Senat des RG, RGZ 94, 171, führte aber überzeugend aus, daß das BGB einen solchen festen Grundsatz — eine Veranlassungshaftung, man könnte es nennen: „Einstehen für halbe Schuld" — abgelehnt hat. An die Stelle tritt die oben beschriebene Haftungsvermutung für eine von beiden Teilen vorausgesehene — nicht allgemeine — Schädigung.

c) Zu den „allgemeinen" Schädigungen ein Gegenstück sind die dem Auftrag eigenen, aber nur durch eine außerordentliche Verkettung von Umständen herbeigeführten Schäden. Nennen wir sie „außergewöhnliche vertragseigene Nachteile". Es läge nahe, sie als „inadäquat" unersetzt zu lassen. Der Supreme Court of Pennsylvania hat aber, wie sich zeigen wird[16], in einem lehrreichen Falle auch außerhalb des unentgeltlichen Auftrags, also unabhängig von der Interessenlage, dem Beschäftigten Ersatz gewährt. Auch in der englischen Judikatur zeigt sich das Bestreben, entweder aus der Interessenlagerung[17] oder aus der Vertragsauslegung[18] heraus dem Beschäftigten solchen unvorhersehbaren Nachteil zu ersetzen. Lediglich in einem Falle[19], der aber „overruled" ist, lehnte das Gericht den Anspruch ab und leugnet die Kausalität.

B. Bei der Geschäftsführung ohne Auftrag verweist BGB § 683 auf § 670. Begriff und Umfang der Aufwendungen hat der Gesetzgeber also nicht verschieden behandelt wissen wollen. Schrifttum und Praxis begnügen sich ebenso mit Hinweisen[20]. Unseres Erachtens ist wirklich alles oben für den Auftrag Gesagte entsprechend anwendbar, da dem durch Auslegung gewonnenen Willen der Parteien der in verwandter Weise ermittelte „wirkliche oder mutmaßliche Wille des Geschäftsherrn" entspricht. Im allgemeinen kommt es daher auf die Meinungsverschiedenheiten, die in der Wissenschaft über das Wesen der negotiorum gestio bestehen, nicht an, wenn hier der Aufwendungsersatzanspruch des Geschäftsführers ohne Auftrag erörtert wird.

C. Andere Schuldverhältnisse.

1. Die bisher besprochene Vermutung, daß der Auftraggeber oder Geschäftsführer ohne Auftrag die Gefahr des Auftrags übernimmt, hängt wesentlich mit der Unentgeltlichkeit zusammen, die der Auftrag nach deutschem BGB hat. Es steht grundsätzlich anders, wenn die Beschäftigung gegen Entgelt

[16] Fall D'Arcy v. Lyle, s. unten, F I, S. 81 ff.
[17] Fall „James Seddon", s. unten, F I, S. 79 ff.
[18] Fall Williams v. Lister and Co., s. unten, F I, S. 85
[19] Halbronn v. International Horse Agency, s. unten, F I, S. 84 f.
[20] Vgl. aber die gesetzliche Regelung in Oesterreich; oben, S. 25, und unten, S. 48

übernommen wird. So bei der Kommission. Erst recht muß bei den gegenseitigen Verträgen (Miete, Kauf usw.) jeder Vertragsteil seine Aufwendungen selbst tragen; einer handelt um der Leistung des anderen willen. Dies wird in der amerikanischen Praxis besonders klar begründet. Hier sei nur eine kurze Zusammenfassung gebracht[21]: „This rule (der gegen Entgelt Beschäftigte trägt die gewöhnlichen vertragseigenen Schäden selbst) depends on the principle that one of sufficient age and experience entering upon an employment is chargeable with knowledge of the ordinary conditions under which the employment is conducted, and with the exercise of reasonable caution to avoid dangers which arise out of those conditions".

In Deutschland hat die Frage, wer beim Arbeitsvertrag die vertragsbedingten Schäden zu tragen hat, wesentlich an Bedeutung verloren, weil die Beschäftigten des abhängigen Arbeitsverhältnisses regelmäßig den versicherungspflichtigen Berufen angehören. Allerdings zeigt eine Tatsache unsere weitgehende soziale Einstellung: Die Berufsgenossenschaftsbeiträge werden regelmäßig vom Unternehmer geleistet; er trägt also praktisch auch beim entgeltlichen Vertrage die Gefahr, die sich hier in regelmäßigen und gleichbleibenden Kosten ausdrückt. Aber man wird mit Recht einwenden, daß der englische und der amerikanische Arbeiter auf einem höheren Lohnniveau stehen, so daß dort im Lohne die übliche Risikoprämie — volkswirtschaftlich gesprochen — enthalten ist[22].

Aus dieser Auffassung erledigt sich auch Leonhards[23] Einwand, der Aufwendungsbegriff müsse in § 670 der gleiche sein wie bei anderen Verträgen; der Vermieter müsse aber dem Mieter nicht den Schaden ersetzen, den dieser bei einer notwendigen, gefährlichen Ausbesserung eines Dachfensters dadurch erleide, daß er hinunterfalle.

Bei der Miete als gegenseitigem Vertrage ist der Aufwendungsbegriff viel enger zu fassen, da Sinn und Zweck des Vertrages keine Abwälzung des Risikos als Gegengewicht einer einseitigen Interessenlage fordern. Der Aufwendungs b e g r i f f bleibt wohl

[21] American and English Encyclopaedia of Law, vol. XX, S. 110

[22] Die neue Betriebsordnung der Junkers-Flugzeugwerke (Stammwerk Dessau, „IFA") sieht unter dem Abschnitt „Richtlinien zur Lohnbestimmung bei Gehaltsempfängern (S. 23) eine besondere „Gefahrenzulage" für Prüfer, Monteure usw. vor. Dadurch soll wohl nur der besondere persönliche Mut, den Angehörige eines so gefährlichen Berufs aufbringen müssen, belohnt werden. Jedenfalls besteht z. B. für das fliegende Personal der Luftwaffe eine mit dem Eintritt des Einzelnen in diesen Beruf automatisch beginnende obligatorische Unfall- und Lebensversicherung, bei der natürlich die Prämie erheblich über dem üblichen Niveau liegt.

[23] Besonderes Schuldrecht, S. 252

der gleiche, aber das Feld der ersatzbegründenden Aufwendungen wird je nach der Art des Einzelvertrages abgesteckt.

2. Ferner sind der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag durch die Freiwilligkeit der Übernahme gekennzeichnet. Daß der Beauftragte „ohne gesetzlichen und behördlichen Zwang" sich einer Gefahr aussetzt, hebt das grundlegende Urteil RGZ 94, 170 ebenfalls treffend hervor; auch in amerikanischen Entscheidungen[24] wird dieser Gedanke betont.

Berufliche Gefahren bleiben daher zu Lasten des Dienstleistenden[25], wenn sie entgeltlich übernommen werden, oder es zum Pflichtenkreis des Beschäftigten gehört, sich dieser Gefahr zu unterziehen; denn dies Risiko ist er bereits mit Abschluß des Arbeitsvertrages eingegangen, und es kann allenfalls Aufgabe des Dienstgebers sein, Vorkehrungen zu treffen zur Verhinderung oder Verminderung eines evtl. eintretenden Schadens.

Das Reichsarbeitsgericht hat durch Urteil vom 30. IX. 1936[26] zum Ausdruck gebracht, daß dem Unternehmer zwar die Schadensverhütung im Betriebe obliege. Aber: welche Einrichtungen, Vorkehrungen und Weisungen notwendig seien, müsse beim Fehlen gewerbepolizeilicher Vorschriften mit der dem Schutzzweck des einschlägigen § 618 BGB entsprechenden Sorgfalt ermittelt werden. Jedenfalls sei ein Schutz vor jeder Gefahr nicht zu erreichen: in einem gewissen Umfange müsse sich der Gefolgsmann selbst schützen. Bestimmte Betriebe brächten auch durch die Art der Arbeitsleistung Gefahren für die Gesundheit mit sich, die nicht ausgeschlossen werden können. Das gelte insbesondere von den sogenannten Berufskrankheiten, also von den Krankheiten, die mit einer gewissen Art von Betätigung notwendig verbunden sind.

Während also beim entgeltlichen Vertrage der Dienstgeber nur seiner Fürsorgepflicht zu genügen hat, muß der Auftraggeber oft für Schäden einstehen, unabhängig davon, ob er einer besonderen Fürsorgepflicht, die ihm nach dem Gesetze nicht obliegt, genügt hat.

Daraus entsteht u. a. das Problem, wie Anweisungen an Dienstpflichtige zu beurteilen sind, wenn das Geschäft nicht im gewöhnlichen Bereich der Dienste liegt[27].

[24] Z. B. Emery v. Chicago, R. I. & P. Railroad-Co; unten, E IV, S. 73

[25] Vgl. die Urteile des Obersten Gerichts der Tschechoslowakei, unten E I, S. 50; ferner eine ganze Reihe aus der amerikanischen Judikatur, unten, E IV, S. 73 ff.

[26] „Reichsgerichtsbriefe" (RAG, 108/36); vgl. „Berliner Börsen-Zeitung", 82. Jahrgang, Nr. 575, Morgenausgabe, S. 3

[27] Darüber unten, F II, S. 85. Vgl. die Urteile: einerseits Schweiz, E II, S. 57, andererseits Vereinigte Staaten, E IV, S. 77

D. Die deutsche Rechtsprechung.

1. Strikte Durchführung des Trennungsprinzips.

Die Praxis der deutschen Gerichte ist im wesentlichen der herrschenden Lehre v. Tuhrs gefolgt. Zuerst freilich hat sie, besonders das Reichsgericht, versucht, sämtliche den Beauftragten treffenden Schäden, weil sie begrifflich zu Aufwendungen in Gegensatz ständen, bei ihm zu belassen, also nur die Ausgangsthese v. Tuhrs aufgenommen und dagegen dessen Erweiterung des Aufwendungsbegriffes als ungenau empfunden und sich ihr nicht angeschlossen. Die Folge ist, daß unbillige Ergebnisse nicht zu vermeiden sind.

Nach Inkrafttreten des BGB stimmt die Rechtsprechung darin überein, daß Ersatz eines Schadens nach dem das BGB beherrschenden Verschuldensprinzip lediglich bei Verschulden zu gewähren sei. Zufälligen Schaden müsse der tragen, den er getroffen habe. Zwar prüft die Judikatur im Auftragsrecht die Frage, ob der Auftraggeber gemäß § 670 nicht auch Schäden als Aufwendungen, demnach unabhängig vom Verschulden, zu erstatten habe. Aber die Antwort lautet verneinend: Aufwendungen sind freiwillige Auslagen (Aufopferungen) von Vermögenswerten zur Erreichung eines gewissen Zweckes. Schäden sind dagegen unfreiwillige Nachteile, die begrifflich nicht auf Vermögenswerte beschränkt sind. Selbst eine Analogie zur Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten (§ 618) wird abgelehnt[1]. Auch der Vorschlag, den Auftraggeber durch Unterstellung eines stillschweigenden Garantievertrages haften zu lassen, blieb bei den deutschen Gerichten ohne Erfolg, weil auf diese Weise gegen den Willen des Gesetzgebers eine Verursachungshaftung des Auftraggebers konstruiert werde.

Das OLG Stuttgart hat 1907 in folgendem Falle[2] einen Ersatzanspruch abgelehnt: Kläger hatte bei einer Festlichkeit des beklagten Kriegervereins im Auftrage des Vorstandes mit einer kleinen Kanone Salut geschossen und war durch Platzen der Kanone verletzt worden.

Sprachgebrauch und Auffassung des täglichen Lebens, so führt das OLG aus, trennen Schäden von Aufwendungen. Eine stillschweigende Haftung könne nicht als bedungen gelten.

Im selben Jahre entschied das OLG Zweibrücken[3] ebenfalls ablehnend: Beklagter schnitt in seinem Sägewerk Holz für

[1] Gruchots Beiträge 68, 312
[2] OLGE 14, 58
[3] Seuff. Blätter 72, 679

den Kläger, der ihm durch Hinüberreichen des Holzes zur Maschine half. Da der Beklagte für einige Minuten andere Kunden bedienen mußte, bat er den Kläger, inzwischen selbst die Schneidemaschine zu bedienen. Dabei verlor der Kläger vier Finger. Eine Haftung aus Verschulden kam nach den tatsächlichen Ermittelungen nicht in Frage. Der Kläger habe die Gefahr genügend gekannt. Außerdem sei auf die Interessenlage zu verweisen: die Fortsetzung der Holzschneidetätigkeit habe überwiegend im Interesse des Klägers gelegen (schnelle Besorgung), weniger des Beklagten (Abstellen und später erneutes Anstellen des Triebwerkes).

Diese Rechtsprechung wurde vom Reichsgericht aufgenommen und in JW 1909, 311[4] zum Grundsatz gestaltet.

Sachverhalt: der beklagte Gastwirt bat die beiden Kläger, im Lokal zu bleiben, um ihm, der durch Gicht behindert war, gegen zwei angetrunkene Handwerksburschen beizustehen. Als der Wirt den Burschen die Polizeistunde gebot, wurden sie widersetzlich und verletzten ihn. Auf seinen Hilferuf eilten die Kläger herbei, wurden aber selbst verletzt. Ihren Ersatzanspruch gegen den Wirt hatte das OLG zugebilligt; der VI. Senat des Reichsgerichts gab der Revision statt. Er begründet, wie folgt:

Die Kläger haben ebenso wie der Beklagte mit dem Schaden rechnen müssen. In solchen Fällen wollte aber die Kommissionsmehrheit dem Beauftragten (Kläger) das Risiko auferlegen, weil er trotzdem den Auftrag übernommen hat.

Auch als Aufwendung kann das Opfer an körperlicher Unversehrtheit den Klägern nicht zu ihrem Anspruche verhelfen. Es fehlt an der Freiwilligkeit der Aufopferung. Zwar haben sich die Kläger der Gefahr freiwillig unterzogen, aber sie haben das eingetretene Gesundheitsopfer doch deshalb nicht gewollt. Daß Aufwendungen aber nur freiwillige Auslagen sind, bestätigt die in § 669 geregelte Vorschußpflicht.

Eine stillschweigende Haftungsübernahme, so fährt das Reichsgericht fort, liegt nicht vor; durch den Hilferuf schon deshalb nicht, weil dieser als Willenserklärung sicher mit Mängeln behaftet ist; durch die Bitte, im Lokal zu bleiben, deshalb nicht, weil man mit einer solchen Unterstellung überall da, wo das BGB in seinem Auftragsrecht eine Haftung hat ablehnen wollen, eine solche konstruieren würde[5]. Dabei ist abzusehen von

[4] Außerdem abgedruckt in Gruchots Beiträgen 53, 975; Warneyer 1909, Nr. 390; „Recht" 1909, Nr. 1769

[5] Die ältere Rechtsprechung ist denn auch sehr sparsam in der Anwendung von Garantieübernahmen; vgl. RG in JW 1901, 549 und, daran anknüpfend, OLG Kiel in OLGE 4, 48

Fällen, in denen „nach der besonderen Gestaltung des einzelnen Falles“ eine Haftung des Auftraggebers angenommen werden kann.

Besonders diese letzte Entscheidung hat wegen ihres unbilligen Ergebnisses viel Tadel gefunden. Aber auch das Urteil des OLG Stuttgart zeigt, wie bedenklich sich jene begriffliche Trennung von Aufwendungen und Schäden in einer konsequenten Praxis auswirkt.

Im letztberichteten Falle (JW 09, 311) ist der Schaden ein vertragseigener Nachteil mit gewöhnlicher Kausalverkettung. Es besteht eine besondere Verletzungsgefahr bei dem Auftrag, angetrunkene Handwerksburschen aus dem Lokal zu treiben. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die Kläger die Gefahr tatsächlich voraussahen. Vielleicht hatten sie geglaubt, ohne eine Verletzung davonzukommen, etwa weil sie die Handwerksburschen für ungefährlich hielten. Daß die Möglichkeit einer Schadensvoraussicht besonders groß war, als die Kläger herbeieilten und sahen, daß der Wirt bereits tätlich angegriffen worden war (so der Tatbestand), kann nicht gegen sie entscheiden.

Hoeniger[6], der diese Entscheidung zum Anlaß seiner Ausführungen genommen hat, will nur dann der Klage stattgeben, wenn die Kläger beabsichtigten, den Wirt vor Verletzungs- oder Lebensgefahr zu bewahren, denn nur dann entspreche der Einsatz körperlicher Integrität dem in Gefahr befindlichen Gute. Auch dies gibt nicht den Ausschlag!

Der Beklagte muß den Schaden tragen, weil die Kläger ihm aus Gefälligkeit Hilfe in einer bedrängten Lage leisteten.

Auch das Urteil des OLG Stuttgart ist nicht zu billigen, da der Vertrag dem einseitigen Interesse der Beklagten diente.

Dagegen scheint das OLG Zweibrücken das Wesentliche getroffen zu haben, wenn es auf die Interessenlage hinweist, die, weil der Nachteil ein gewöhnlicher vertragsbedingter ist, allein den Ausschlag gibt. Das Gericht meint sogar, das klägerische Interesse überwiege. Wie beim gegenseitigen Vertrage muß also derjenige den Schaden tragen, den er getroffen hat.

Den besprochenen Entscheidungen folgte die Rechtsprechung in der nächsten Zeit, z. T. ohne die Begründung zu wiederholen. So wird in LZ 1912, Sp. 659 vom RG lediglich auf JW 09, 311 verwiesen.

Das OLG Hamm[7] weist im Jahre 1911 die Klage der Ehefrau

[6] Archiv für bürgerliches Recht 35, 281

[7] Seufferts Archiv 75, 231

eines bei einer Rettungsarbeit ertrunkenen Mitgliedes der freiwilligen Feuerwehr gegen die Gemeinde ab.

Das Gericht erkennt die Möglichkeit einer Aufopferung des Lebens als Aufwendung nicht an[8] und verneint das Vorliegen einer Verwendung allgemein mit der Begründung des zitierten grundsätzlichen RG-Urteils. Auch Aufträge, deren Ausführung mit Gefahr verbunden ist, geben dem Beauftragten keinen Ersatzanspruch für zufällige Schäden; insbesondere erfordern Treu und Glauben nicht die Auferlegung einer derartigen Haftung.

Auch dieses Urteil ist unbillig. Zunächst ist das bürgerliche Recht anzuwenden[9]. Wenn auch die Einrichtung der freiwilligen Feuerwehren von den Behörden unterstützt wird, so trägt der einzelne Feuerwehrmann keine öffentlich-rechtliche Pflicht, sondern er leistet freiwillig Hilfe. Daher besteht wenigstens nicht von vornherein ein Hindernis, im einzelnen Fall je nach den Umständen auch einen zivilrechtlichen Auftrag anzunehmen.

Nun ist die freiwillige Feuerwehr nur für die beklagte Gemeinde tätig geworden, um eine Überschwemmung, die für einen Teil des Dorfes lebensgefährlich zu werden drohte, abzuwenden. Da sie unentgeltlich tätig wurde, war sie Beauftragte der Gemeinde. Von dem einzelnen Mann läßt sich das zwar ohne weiteres nicht sagen. Gesetzt aber, man hätte anzunehmen, daß der Feuerwehrhauptmann (hier der Beigeordnete der Gemeinde, der der satzungsmäßige Führer der Feuerwehr ist) den Vertrag in Vollmacht und im Namen des Einzelnen schloß, so wäre dieser klageberechtigt wegen der Aufwendungen, zu denen auch die Aufopferung der Gesundheit gehört. Das OLG geht auf diese Bedenken nicht ein, da es den Anspruch ausführlich nur nach öffentlichem Rechte prüft und ihn bürgerlichrechtlich mit Bestimmtheit schon deshalb ablehnen zu müssen glaubt, weil die Aufopferung des Lebens nie Aufwendung sein könne. Wir können den Fall auch so umstellen, daß der Hauptmann für die Witwe die Klage erhebt.

Für den Anspruch der Angehörigen wegen Todes fehlt freilich eine dem § 844, Abs. 2 entsprechende Bestimmung. Doch vererbt sich der Aufwendungsersatzanspruch, der gerade noch in

[8] Ebenso Haymann in JW 1932, 367

[9] Anderer Ansicht Hoffacker im preuß. Verwaltungsblatt 43, 40 („Auftrag und Geschäftsführung o. A. beim Feuerlöschwesen") und Parisius, daselbst, Band 46, 456 („Die Haftung für Unfälle und Schäden im Feuerlöschdienst"). Vgl. auch Haymann, JW 1932, 367, der die Annahme eines privatrechtlichen Auftrags im Hinblick auf §§ 70—73 des preuß. PVG ablehnt, wenn der Kläger auf Veranlassung der Behörde eingriff. Gegen ihn Lehmann bei Enneccerus, Schuldverhältnisse (1932), § 159, 4. S. 571

der Person des Aufwendenden existent geworden ist. Der Klage hätte also stattgegeben werden sollen.

Dagegen ist das Urteil in RGZ 122, 302 bedenkenfrei. Das RG weist die Klage einer Witwe, deren Mann bei einem Brande als Mitglied der Pflichtfeuerwehr umgekommen ist, ab. Der Mann habe lediglich in Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Pflicht gehandelt; ein privatrechtlicher Auftrag laufe nicht nebenher, wie das OLG annahm[10].

2. Schon früh: abweichende Tendenzen; und bald: ein völliger Umschwung.

Lehnte also, wenn wir das Bisherige zusammenfassen, die deutsche höchstrichterliche Judikatur es zunächst grundsätzlich ab, die Möglichkeit einer Schadensaufwendung anzuerkennen, indem sie den Grundsatz der Trennung strikte durchführte, so wurde sie doch bald durch die Mißbilligung, die ihre Urteile erfuhren, bewogen, das Prinzip zu durchbrechen.

In der Tat zeigen sich schon früh abweichende Tendenzen in der Rechtsprechung.

In einem Falle, den der V. Senat entschieden hat (RGZ 75, 212), verkaufte der Kläger ein Grundstück an den Beklagten, dieser verkaufte es gleich weiter an A. Der Beklagte veranlaßte den Kläger, das Grundstück direkt an A aufzulassen. Nach der Steuerordnung hat der „Auflassende" die Umsatzsteuer zu tragen, die sich aber durch die direkte Auflassung an A erhöhte. Den Betrag der Erhöhung forderte der Kläger mit Erfolg: es liege eine Aufwendung im Sinne des § 670 vor. Man müsse den Begriff erweitern, so daß er nicht nur die Aufwendungen, die „zum Zwecke der Ausführung des Auftrags" (§ 670) gemacht werden, sondern auch solche erfasse, die als Folge der Ausführung für den Beauftragten eintreten.

Diese Folgen hängen in den meisten Fällen zweifellos nicht mehr vom Willen des Beauftragten ab[11].

Der 12. Zivilsenat des Kammergerichts hat in seinem Urteil vom 16. Oktober 1926[12] ausgeführt, außer den auf freiem Willen beruhenden Auslagen seien auch solche Beträge zu den Aufwendungen des § 670 zu zählen, die der Lagerhalter an die Zollbehörde deshalb bezahlen muß, weil infolge Versehens des Zollbeamten ursprünglich ein zu niedriger Zoll gezahlt wurde.

[10] Anders als das RG auch das OLG Kassel in JW 1927, 1276: „... entsprechend anzuwendende Grundsätze des privatrechtl. Auftrags"

[11] Vgl. auch den Fall: Reichsarbeitsblatt 1907, 78

[12] JW 1927, 1765

Schon in seinem Urteil vom 14. II. 1908[13] hat ferner der VII. Senat des RG die Haftung einer Versicherungsgesellschaft für den Schaden anerkannt, den der Unfallversicherungsnehmer bei einer von ihr nach dem Unfalle angeordneten Untersuchung durch ihren Vertrauensarzt infolge Verbrennung durch Röntgenstrahlen erlitt. Ein Verschulden des Arztes bei Anwendung der Bestrahlung lag nicht vor. Bei einer Röntgendurchleuchtung, so führt das RG aus, ist aber die Verbrennungsmöglichkeit (nach dem Stande der Technik im Jahre 1901) eine damit „notwendig verknüpfte objektive Gefahr". Nach § 11 der Versicherungsbedingungen war der Kläger verpflichtet, dem von der Beklagten abgeordneten Arzte jederzeit Zutritt zu gestatten und ihren zur Beförderung der Heilung getroffenen Anordnungen unbedingt Folge zu leisten, wenn er nicht (§ 20 der Vers.Bed.) jeden Entschädigungsanspruch verwirken wollte. Da der Kläger seinen Anspruch aus dem Versicherungsfalle aufrechterhalten wollte, leistete er der Anordnung Folge. Er befand sich in einer Zwangslage. Es versteht sich von selbst, daß die Beklagte die damit notwendig verknüpfte Gefahr auf sich nahm. Die Beklagte traf die Anordnung in ihrem Interesse. Der Kläger war nach der Anordnung gehalten, sich auch die Art der Untersuchung gefallen zu lassen, die der betraute Arzt für angezeigt halten würde. Die Röntgenbestrahlung lag durchaus im Willensbereich der Beklagten (§ 157). Das RG zieht eine Parallele zu § 819 HGB, wonach der Versicherte bei einem Unfall für die versicherten Sachen sorgen muß; dafür trägt die Kosten der durch den Versicherten ergriffenen Maßnahmen (§ 834 Nr. 3) der Versicherer (vgl. auch § 840, Abs. 2 HGB).

Dem Urteil ist in den wesentlichsten Punkten beizutreten; immerhin läßt es einiges ungeklärt.

1. Aus der Entscheidung geht nicht hervor, ob der Kläger die Gefahr gekannt und ob der Arzt ihm diese mitgeteilt hat[14]. In der Unterlassung der Mitteilung konnte doch eine Schuld des Arztes liegen, der nur für schuldlos erklärt wird bei Anwendung der Röntgenstrahlen.

2. Auf die Darlegung, der Kläger habe sich in einer Zwangslage befunden, könnte man einwenden, daß die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers sich im Rahmen des Zumutbaren[15]

[13] RGZ 68, 108

[14] Das Urteil ist auch in den Veröffentlichungen des Kaiserlichen Aufsichtsamts für Privatversicherung, Band VII, Anhang S. 58 ff., Nr. 388, abgedruckt. Auch dort wird von einer Mitteilung des Arztes nichts erwähnt.

[15] Das folgt besonders aus § 34 VVG, wonach der Versicherer Belege (zur Feststellung des Versicherungsfalles oder des Umfangs der Leistungspflicht

halten müssen. Das RG geht darauf nicht ein, folgert vielmehr aus dem Vorhandensein einer Zwangslage mit einem „es versteht sich von selbst" die Haftung der Beklagten. Befand sich denn der Kläger wirklich in einer Zwangslage? Er hat es sicher geglaubt. Vielleicht hätte er sich wegen der „notwendig verknüpften objektiven Gefahr" weigern können, wenn man die Zumutbarkeitsgrenze bedenkt. Nachträglich möchte man vielleicht annehmen, daß die dem Kläger obliegende generelle Verpflichtung, zur Klärung des Schadensumfanges sich einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen, sich nicht auf die Anwendung „notwendig gefährlicher" diagnostischer Methoden[16] beziehen könne. Aber das RG hat Recht, wenn man die praktische Lage des Klägers betrachtet. Eine Zwangslage bestand schon in der Vertragsbestimmung. Konnte denn der Kläger wissen, ob die Gerichte später sein Weigerungsrecht anerkennen würden? Das RG geht offenbar von den Grundsätzen aus, die es seit Seuffert. A. 46, Nr. 189 I und II über die Anwendung des § 254 entwickelt hat (neuere Rechtsprechung seit RGZ 83, 15)[17]. Es schätzt also die „objektive Gefahr" doch nicht so hoch ein, daß sie der ausdrücklichen Nebenverpflichtung im Versicherungsvertrage gegenüber durchgreift. Für den Kläger stand der Anspruch aus dem Versicherungsfalle auf dem Spiele!

3. Die Konsequenz aus dieser Zwangslage ergibt sich erst aus einer Betrachtung der Interessenlage, auf die das RG auch selbst eingeht: es liege nicht in der Richtung des Vertragswillens, daß der Kläger verpflichtet sein solle, für die Beklagte seine Gesundheit in Gefahr zu bringen, ohne eintretendenfalls vollen Schadenersatz zu erhalten. Später spricht das RG davon, dem Kläger könne nicht zugemutet werden, im Interesse der Beklagten seine Gesundheit preiszugeben.

Ob nun die Vornahme der ärztlichen Untersuchung, soweit sie — wie hier — der Schadensfeststellung dienen sollte, einseitig im Interesse der Beklagten lag, kann zweifelhaft erscheinen. Man könnte sogar einwenden, gerade dem Kläger müsse an der Schadensermittelung viel gelegen sein. Er nämlich wollte seinen Anspruch aus dem Versicherungsfalle geltend machen und hatte infolgedessen, da grundsätzlich jeder die

---

des Versicherers) nur insoweit fordern kann, als die Beschaffung dem Versicherungsnehmer billigerweise zugemutet werden kann.

[16] Diese allgemeine Ausdrucksweise erscheint angebracht, weil uns heute die Röntgenbestrahlung ein selbstverständliches und nahezu völlig ungefährliches ärztliches Hilfsmittel zu sein scheint.

[17] S. Staudinger, § 254 (2) *a*, *β*

Entstehung des von ihm geltend gemachten Anspruchs zu beweisen hat, den Eintritt und Umfang des versicherten Schadens darzutun.

Jedoch nimmt im Versicherungsrecht der Versicherer regelmäßig die Ermittelungen in die Hand, nachdem der Versicherungsnehmer seiner Anzeigepflicht genügt hat. Die Versicherungsgesellschaft, die in ihren Bedingungen bereits die Abwicklung dessen, was im Anschluß an den Eintritt des Versicherungsfalles geschehen soll, festgelegt hat, benötigt dazu Auskünfte und Belege des Versicherungsnehmers, die diesem unter bestimmten Voraussetzungen „obliegen". Dahin gehört insbesondere, daß er sich einer ärztlichen Untersuchung unterzieht[18]. Dennoch gehört die Schadensermittlung zu den Pflichten des Versicherers, wie § 66 VVG bestätigt, wonach zur Ermittlung des Schadens aufgewendete Kosten, soweit sie den Umständen nach erforderlich waren, dem Versicherungsnehmer zu erstatten sind.

Daraus geht hervor, daß auch die Untersuchung, der sich der Kläger unterzog, im Interesse der Beklagten erfolgte. Ist damit klargestellt, daß der Versicherungsnehmer sich einer ärztlichen Untersuchung unterziehen muß zur Erleichterung der dem Versicherer obliegenden Schadensaufklärung, so muß man als Korrelat dieser lästigen Pflicht dem Versicherungsnehmer eine Schadloshaltung aus dem Versicherungsvertrage schon zubilligen.

4. Mit Recht erklärt das RG, ein gesondertes Auftrags-[19] oder gar Gesellschaftsverhältnis sei weder im Inhalt der Police und der Versicherungsbedingungen noch in den sonst festgestellten Tatsachen begründet. Wohl aber wird man eine auftragsähnliche Nebenpflicht anzunehmen haben. Insofern muß man also argumentieren: Was bei Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag gilt, gilt ebenso hinsichtlich gleichgearteter Nebenpflichten und Obliegenheiten in anderen Vertragsverhältnissen.

5. Das RG hat sich hier zum ersten Male der Unterstellung einer stillschweigenden vertraglichen Übernahme des Risikos durch einen Vertragspartner bedient. Dieser Entscheidung des VII. Senates gegenüber blieb der VI. Senat in der vorher (oben S. 37—38) besprochenen Entscheidung bei der älteren Auffassung. Um der Anrufung der vereinigten Senate zu entgehen,

[18] Vgl. hierzu Manes, Versicherungslexikon, S. 1742

[19] Ein solches gesondertes Auftragsverhältnis hatte das Berufungsgericht (OLG Köln) angenommen; vgl. Veröffentlichungen des Kaiserl. Aufsichtsamts für Privatvers., Band VI, Anhang S. 58, Nr. 313

führte er in einer Parenthese die „besondere Gestaltung des einzelnen Falles" als Grund seiner Ansicht an.

Erst in seinem Urteile vom 28. XI. 1918[20] bekennt sich auch der VI. Senat zu einer dem Beauftragten günstigeren Beurteilung.

Der Kläger, Abdecker von Beruf, erhielt von einem Polizisten den Auftrag, einen tollwutverdächtigen Hund einzufangen. Der Hund verletzte den Kläger, der von der Gemeinde Ersatz fordert. Das RG gibt seiner Klage statt. Er habe freiwillig und unentgeltlich im öffentlichen Interesse seine Gesundheit in Gefahr gebracht, und zwar auf Veranlassung des Polizisten; daraus folge, wie das OLG München sich ausgedrückt hatte, „mit Rechtsnotwendigkeit" die Schadenshaftung der Gemeinde. Denn mit der Übernahme sei zu unterstellen, daß die Beklagte für alle mit der Ausführung verbundenen Gefahren, soweit sie in der Natur des Auftrags lagen, haften wolle.

Der aus einer solchen Gefahr entspringende Schaden sei „nicht bloß zufällig".

Mit diesem letzten Argument drückt sich das OLG München ähnlich aus wie Böckel[21]; der Ersatz soll zustehen, weil der Schaden kein vertragsfremder Nachteil ist, sondern ein vertragstypischer, und weil der Kläger aus Gefälligkeit gehandelt hat. Nach dieser Ausdrucksweise wären nur vertragsfremde Nachteile wirklich „zufällig", obwohl auch im vorliegenden Falle der Schaden sicher nicht auf irgend ein Verschulden zurückzuführen ist. Es wird also lediglich ein anderer Ausdruck für allgemeinen Schaden gegeben.

Auch hier, wo der VI. Senat aus der beiderseitigen Kenntnis der Gefahr den entgegengesetzten Schluß zieht wie in JW 09, 311, beruft er sich auf die Ausführungen der Kommission, die — so führt er diesmal aus — die Entscheidung der Rechtsprechung nach Lage des einzelnen Falles habe überlassen wollen.

Die „besondere Gestaltung des einzelnen Falles" dürfte kaum eine so grundsätzliche Wandlung der reichsgerichtlichen Judikatur herbeigeführt haben. Vielmehr sind es Billigkeitserwägungen gewesen, die den Ausschlag gegeben haben; sodann aber die Erkenntnis, daß eine kompromißlose Durchführung des Prinzips der Trennung von Aufwendungen und Schäden zu unerfreulichen Ergebnissen führe.

Die Tatsache, daß im Falle RGZ 94, 170 Auftraggeber eine öffentliche Körperschaft war, kann nicht den Ausschlag ge-

[20] RGZ 94, 170

[21] Oben, C, S. 32

geben haben; der VI. Senat stellt denn auch in seiner Entscheidung vom 26. II. 1920[22] seine früheren Ausführungen richtig, indem er darlegt (S. 200), die Entscheidung müsse gleich ausfallen, ob nun Auftraggeber der Polizeiverwalter oder Herr X als Eigentümer des durch Brand bedrohten Hauses sei. Dieser Entscheidung lag ein ähnlicher Fall zugrunde: beim Brand in einem Dorfe war der Kläger auf Bitten des Bürgermeisters, der die Leitung innehatte, bei den Löscharbeiten tätig und wurde schwer verletzt.

Mit der Aufforderung des Bürgermeisters und deren Befolgung durch den Kläger war, so führt das Gericht aus, ein privatrechtlicher Auftrag zustandegekommen. Zwar ist grundsätzlich als Aufwendung i. S. des § 670 nur das freiwillige Opfer an Vermögenswerten anzusehen, aber nach der Darlegung der Motive hat der Gesetzgeber das Fehlen einer ausdrücklichen Vorschrift nicht so ausgelegt wissen wollen, als ob ein Ersatzanspruch immer abzulehnen sei. Wenn es sich nämlich um Schäden handelt, deren Gefahr mit der Ausführung des Auftrags von selbst verbunden ist, so sind diese Schäden als Aufwendungen vom Auftraggeber auch ohne Verschulden zu erstatten.

Wie in RGZ 94, 170 ist der Schaden durch den Vertrag bedingt. Offensichtlich liegt eine unentgeltliche Hilfeleistung des Klägers vor, so daß die Gemeinde zu verurteilen ist.

Der Umschwung in der Rechtsprechung hat sich damit vollzogen. Das Urteil des VI. Senats in LZ 1921, Sp. 266 bringt keine neuen Gründe. Ein Urteil des IV. Senats vom 1. Juli 1929[23] hat sogar einem entgeltlich Beschäftigten Ersatz zugesprochen, offensichtlich jedoch auf Grund eines gesonderten Auftrags, den es unterstellt:

Kläger war für die Abendstunden beim beklagten Gastwirt in dessen Diele als Garderobier angestellt. Eines Nachts kam es zu Streitigkeiten unter den Gästen. Der Beklagte geriet bei dem Versuch, die Streitenden zu schlichten, in Bedrängnis. Der Kläger will von ihm zur Hilfe herbeigerufen worden sein und wurde bei seinem Eingreifen von einem Gast verletzt.

Sicher sei, so führt das RG aus, das klägerische Eingreifen mindestens mit stillschweigender Duldung des Beklagten geschehen. Es liege daher ein Auftrag vor. Da es bereits zu Tätlichkeiten, insbesondere gegen den Beklagten, gekommen sei, habe der Kläger annehmen dürfen, daß der Beklagte die beiden erkennbare Gefahr von mehr oder minderen Verletzungen auch des Klägers auf sich nehmen werde. Mit Verletzungen müsse

[22] RGZ 98, 196

[23] „Recht" 1929, S. 479, Nr. 1829 und HRR 1930, Nr. 5

man bei der Einmischung in Wirtshausstreitereien nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge rechnen.

Der Sachverhalt ähnelt dem oben (S. 37 ff.) berichteten Falle und bedarf daher nur deshalb einer Besprechung, weil zwischen den Parteien ein Dienstvertrag bestand. Darauf hätte vom Gericht zur Begründung des Ersatzes Bezug genommen werden sollen. Wenn auch die Aufrechterhaltung der Ruhe unter den Gästen nicht zu den vertraglichen Pflichten des Klägers gehörte, so bedarf es nicht der Annahme eines gesonderten Auftragsverhältnisses. Da der Kläger über seine Pflichten hinaus dem Beklagten beigesprungen ist, hat man ein auftragsähnliches pactum adiectum anzunehmen, auf Grund dessen die Vorschriften über den Auftrag anzuwenden sind. Aber das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis bleibt ein Dienstvertrag.

3. Stellung des Reichsgerichts zur Literatur und zum Gesetz.

Das RG anerkennt die Ansicht v. Tuhrs (RGZ 98, 196) ebenso wie die Lehre Andrés (RGZ 94, 170), indem es den Auftraggeber haftbar macht für Schäden, deren Gefahr mit der Ausführung des Auftrags von selbst verbunden ist, die also in der Natur des betreffenden Auftrags liegen.

So spricht das RG in JW 1914, 676 den geltend gemachten Anspruch zu, weil der Auftrag gefährlich und damit „mit rechtlicher Notwendigkeit" der Auftraggeber verpflichtet sei. Ausdrücklich läßt es die Frage des „Ersatzes für zufälligen Schaden" außer Betracht. Es bleibt unklar, ob § 157 oder § 670 gesetzliche Grundlage sein soll.

Dagegen betont das in JW 1931, 3442 abgedruckte Urteil, der Beklagte hafte aus § 157; die Frage, ob der Schaden des Beauftragten eine Aufwendung darstellen könne, wird ausdrücklich nicht untersucht.

Es hat zwar den Anschein, als ob das RG § 670 nur in Fällen anwenden will, in denen der Beauftragte sich einer Gefahr freiwillig unterzogen hat, aber es zieht diesen Umstand (Freiwilligkeit) dann auch wieder zur Begründung einer Haftungsübernahme heran, wie die Entscheidung im 94. Bande zeigt.

Lediglich wenn es sich um die Schadloshaltung von Angehörigen des getöteten Beauftragten handelt, zieht das RG § 157 zur Begründung heran. So wird in dem Urteil vom 20. XII. 1924[24] ausgeführt: Der Schaden ist deshalb keine Aufwendung, weil er

[24] Gruchots Beiträge 68, 312

nicht der Klägerin entstanden ist. Dagegen kann eine stillschweigende Haftungsübernahme auch soweit gehen, daß sie den Schaden, der lediglich die Familie des Beauftragten trifft, einbezieht.

4. Zusammenfassung der Rechtsprechung.

Die neuere Rechtsprechung kann man daher so zusammenfassen: zwar sind Aufwendungen „im Gegensatz zu Schäden freiwillige Aufopferungen von Vermögenswerten", aber solche Schäden, die aus einem mit der Vertragsnatur verbundenen besonderen Risiko entsprungen sind und mit denen deshalb beide Partner rechnen mußten, sind Aufwendungen, weil sich der Beauftragte der Gefahr wissentlich ausgesetzt hat. Zwar hat er den Schaden nicht gewollt, aber er hat seine Person in den Dienst der Vertragserfüllung gestellt. Opfert er dabei irgend ein Rechtsgut auf, so ist das eine Aufwendung, ob es sich um Vermögenswerte handelt oder nicht.

Eine Haftung des Auftraggebers wird trotz dieser Erweiterung der Aufwendungen daneben immer noch auf § 157 gestützt. Der Beauftragte wolle nur diese eine Aufgabe für den Auftraggeber unentgeltlich besorgen; er habe nicht die Absicht, damit verbundene Gefahren zu tragen. Daher sei der Vertragswille so auszulegen, daß der Auftraggeber stillschweigend das Risiko übernommen hat.

Diejenigen Schäden beläßt die Judikatur beim Beauftragten, die einer besonderen, d. h. offenbar: nicht gerade dem erteilten Auftrag typischen Gefahr entsprungen sind.

Voraussetzung des Entschädigungsanspruchs ist ferner, daß der Kläger nicht in Erfüllung einer aus dem öffentlichen Rechte sich ergebenden Pflicht gehandelt hat. Vorbehaltlich besonderer Ersatzbestimmungen aus dem öffentlichen Rechte[25] bleibt der Schaden beim Betroffenen.

E. Rechtsvergleichung,

insbesondere die Rechtsprechung des Auslands.

I. Oesterreich.

1. Der Auftraggeber hat nach ABGB § 1014 dem Beauftragten „allen zur Besorgung des Geschäfts notwendig oder nützlich gemachten Aufwand selbst bei fehlgeschlagenem Erfolge zu er-

[25] Auf derartige Ersatzbestimmungen spezieller Art weist Delius hin, „Recht" 1916, Sp. 578 (besonders Militärrecht).

setzen", ferner aber nicht nur allen durch sein Verschulden entstandenen, sondern auch jeden anderen „mit der Erfüllung des Auftrags verbundenen" Schaden zu ersetzen.

2. Der Geschäftsführer ohne Auftrag hat Anspruch auf Ersatz des zweckmäßig gemachten Aufwands (ABGB § 1036), bei nützlicher nur, wenn die Geschäftsführung dem Geschäftsherrn zum „klaren, überwiegenden Vorteile" gereicht (§ 1037). Den mit der Geschäftsführung ohne Auftrag verbundenen Schaden erhält er nach der herrschenden Auslegung nie ersetzt. Als Begründung dient, daß § 1036 im Gegensatz zu § 1014 nur von Aufwand rede und daß hier gerade der beim Auftrag entscheidende Gesichtspunkt fehle: „Der Geschäftsherr hat ja den Geschäftsführer nicht aufgefordert, sich in die Gefahr zu begeben."[1]

3. Die Problematik eines Gegensatzes von Aufwendungen und Schäden ist im Sinne der gemeinrechtlichen Doktrin gelöst. Daß hier eine engere Kausalbeziehung gefordert wird, zeigt die Gegenüberstellung des Schadens, den „der ‚Gewalthaber' bei der Geschäftsführung ‚nur zufälligerweise' erleidet" (§ 1015). Da hier Aufwendungen und Schäden zwar unterschieden, aber gleichgestellt werden, braucht sich wenigstens beim Auftrag die österreichische Judikatur nicht mit der Frage, ob Schaden auch als Aufwendung ersatzpflichtig werden kann, zu befassen. Sie darf sich im wesentlichen auf Fragen der Kausalbeziehung von schadenstiftendem Ereignis und zugrundeliegendem Vertrage beschränken.

So liegt es auf dem Gebiete der Kausalbeziehungen, wenn der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 23. Jänner 1917[2] erklärt, der Beauftragte habe keinen Anspruch auf Rückersatz einer wegen der Ausführung des Auftrags über ihn verhängten Geldstrafe.

4. Dabei wird die Strafe offensichtlich als Schaden aufgefaßt[3], während die Eingehung von Verbindlichkeiten, aus denen der Beauftragte mit gerichtlicher Klage eines Dritten belangt werden kann, auch wenn dieser schon klagt, nicht als Schaden, sondern als Aufwand ersatzpflichtig wird, obwohl eine daraus sich ergebende Zahlungspflicht sicher nicht dem Willen des Aufwendenden entspricht. Der Oberste Gerichtshof hat am 26. XI. 1929[4] folgenden Fall entschieden:

---

[1] Vgl. Ehrenzweig, § 414 I, 1; a. M. v. Schey, S. 23, für die notwendige Geschäftsführung.

[2] Rv VIII, 4/17, Sammlung (Glaser-Unger), Nr. 1817

[3] So auch Ehrenzweig (II, 1, § 383, S. 560, Anm. 5), der sie zum Aufwand in Gegensatz stellt.

[4] Amtliche Sammlung, 11. Band, 690—694; Bloch-Coulon, S. 102, zu § 1014

Der Kläger hatte auf seinen Namen für Rechnung des Beklagten ein Bankkonto eröffnen lassen, das durch die im Auftrage des Beklagten erfolgten Behebungen des Klägers ein Debetsaldo aufwies, und verlangte vom Beklagten den zur Deckung des Saldos, also einer gegen den Kläger entstandenen Forderung, nötigen Betrag. Der Oberste Gerichtshof gab der Klage statt. Unter Aufwand sei nicht nur ein Baraufwand zu verstehen, sondern auch der Wert des zur Erreichung der Geschäftsführung Verbrauchten oder Geopferten, ebenso wie die Eingehung von Verbindlichkeiten, wenn sie die Folge des übernommenen Auftrags war.

Ausdrücklich trennt der Oberste Gerichtshof einmal[5] Schaden und Aufwand:

Der Kläger, Beamter der beklagten Donau-Dampfschiffahrtsgesellschaft, wurde von deren Agenten beauftragt, an Stelle des betrunkenen Stegwächters einen ankommenden Dampfer mittels des Radkastenseils an das Stegschiff anzuheften. Dabei wurde, ohne daß dem Kapitän des Dampfers oder dem Kläger selbst ein Verschulden vorgeworfen werden könnte, sein linker Fuß zwischen Stegschiff und Dampfer eingezwängt und erlitt eine schwere Quetschung.

Die Ersatzklage wurde abgewiesen.

a) Die Tätigkeit habe zu den Dienstesobliegenheiten des Klägers gehört. Es komme also nur eine Verschuldenshaftung in Frage.

b) Selbst wenn man einen nebenherlaufenden Bevollmächtigungsvertrag annehme, sei § 1014 unanwendbar, weil es sich um einen zufälligen Schaden handle. Der Schaden müsse aber mit der Erfüllung des Auftrags verbunden sein, und das sei er nur, wenn er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge vorausgesehen werden könne: „Ein gewöhnliches Ereignis war nun der betreffende Unfall nicht", denn nicht die Möglichkeit, sondern die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts müsse vorhanden gewesen sein.

c) Eine Anwendung des § 1036 sei abzulehnen, da ein Auftrag vorliege und nicht Ersatz für zweckmäßigen A u f w a n d, sondern für eine K ö r p e r v e r l e t z u n g (also einen Schaden) verlangt werde.

Unterstellen wir einmal, daß sich nach der tatsächlichen Würdigung die Möglichkeit ergibt, ein auftragsähnliches pactum adiectum anzunehmen, so müßte der Kläger Erfolg haben, denn es kann nicht, wie das Gericht unter b) ausführt, auf einen

[5] Glaser-Unger-v. Walther, Sammlung Nr. 8245, S. 19

höheren oder niedrigeren Grad der Schadensmöglichkeit ankommen[6]. Auch wenn oft Schiffe an den Landungsstellen anlegen, ohne daß ein Unglück passiert, bleibt der Nachteil voraussehbar und ist vertragsbedingt.

5. Die Entscheidung vom 11. November 1913[7] muß eine Sonderbestimmung (§ 1311) zur gerechten Lösung eines Falles heranziehen, weil das österreichische Recht den Ersatz von Schäden, die bei der Geschäftsführung ohne Auftrag eintreten, immer ablehnt (vgl. oben, S. 48):

Wer ein Pferd aufsichtslos stehen ließ, haftet für den Schaden, der dadurch entstand, daß ein anderer das Pferd in sichere Gewahrsame brachte und dabei von dem Tiere verletzt wurde.

Da gemäß § 430 des öst. StG. das unbeaufsichtigte Stehenlassen von Pferden verboten ist, konnte der Beklagte auf Grund des § 1311 verurteilt werden: „. . . hat . . . jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlaßt, hat er ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten, . . . so haftet er für allen Nachteil, welcher außerdem nicht erfolgt wäre."

6. Ebenso wie das deutsche Reichsgericht[8] lehnt auch der Oberste Gerichtshof eine analoge Anwendung der Bestimmungen des Dienstvertrags und des Auftrags aufeinander ab[9]. So führt er in der Entscheidung vom 3. Mai 1932[10] aus, § 1014 sei nur für den Bevollmächtigungsvertrag gedacht; die Haftung des Dienstgebers werde, unabhängig davon, in § 1157, Abs. 1 geregelt.

Das Oberste Gericht der Tschechoslowakei[11] hat grundsätzlich in seiner Entscheidung vom 21. Dezember 1920[12] dargelegt, daß der Dienstgeber nicht für den Schaden verantwortlich sei, welchen der Angestellte infolge Unfalls bei einer Arbeit erlitt, die in den Bereich seiner Beschäftigung fällt und seine Fähigkeiten und Kräfte nicht übersteigt[13]. Erst wenn den Arbeitgeber

---

[6] Die alte Lehre, daß die Gefahr „notwendig" mit dem Auftrage verbunden sein müsse (Harrasowsky, Codex Theresianus V, S. 172, Note 2), ist heute aufgegeben; vgl. Ehrenzweig, S. 561, N. 8

[7] Glaser-Unger n. F., Nr. 6645

[8] Oben D, S. 36, zu Anm. 1

[9] A. A. besonders Ehrenzweig II, 1, § 383 III, S. 561, der vom modernen Haftpflichtgedanken ausgeht und eine Analogie zu § 1014 bei Dienstleistungen tatsächlicher Art fordert; darüber unten, F II, S. 86

[10] Amtliche Sammlung 14, 328

[11] In der Tschechoslowakei gilt ebenfalls das öst. ABGB.

[12] Sammlung der Rechtssätze der Obersten Gerichte. Oberstes Gericht, Rechtssätze in Zivilsachen, I. Band, S. 56

[13] Dem ist beizutreten, weil ein vertragstypischer Nachteil bei entgeltlichem Vertrage vorliegt.

ein Verschulden treffe — er beharrt bei dem Auftrage, auf dessen Gefährlichkeit ihn die Dienstperson aufmerksam machte[14] — haftet er für den aus solchem Vertrage sich ergebenden Schaden.

Dem Klangschen Kommentar[15] entnehmen wir eine Übersicht, nach der gemäß § 1014 solcher Schaden zu ersetzen ist, der zwar unverschuldet eintrat, dessen Eintritt aber vorausgesehen werden konnte und dessen Gefahr daher der Auftraggeber durch Erteilung des Auftrags auf sich genommen hat. Der Kommentar spricht von einer „Zufallshaftung mit bestimmten Grenzen".

II. Schweiz.

Das schweizerische Gesetz nimmt die Mitte zwischen deutschem und österreichischem Recht ein, indem es zwar grundsätzlich Verschulden zur Entstehung eines Schadenersatzanspruches fordert, jedoch beim Auftrag die Beweislast umkehrt. Nachdem Art. 402 (Obligationenrecht) in seinem 1. Absatz die Aufwendungsersatzpflicht des Auftraggebers geregelt hat, bestimmt er in Abs. 2: „Er haftet dem Beauftragten für den aus dem Auftrage erwachsenen Schaden, soweit er nicht zu beweisen vermag, daß der Schaden ohne sein Verschulden eingetreten ist."

Für die Geschäftsführung ohne Auftrag ist in Art. 422 I lediglich auf das richterliche Ermessen abgestellt; die Ersatzpflicht ist also vom Gesetz nicht auf schuldhafte Handlungen eingeschränkt.

a) Was die Kausalität anlangt, so fordert der oben zitierte Art. 402 II OR, daß der Schaden „aus dem Auftrage erwachsen" sei. Für die Geschäftsführung ohne Auftrag hat die Genfer Cour de Just. civ. in ihrer Entscheidung vom 23. Januar 1914[1] den immer wieder begegnenden Satz ausgesprochen, der Geschäftsführer habe Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens, der ihm, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, „im Zusammenhang mit der Geschäftsführung" erwächst.

b) Die Schweizer Gerichte halten mit der alten Meinung Aufwendungen und Schäden für Gegensätze. In einer Entscheidung

---

[14] Wie Anm. 12; Entsch. v. 11. X. 1921, R. I., 1186/21

[15] II. Band, 2. Halbband S. 822; Der Abschnitt über den Bevollmächtigungsvertrag ist von Swoboda bearbeitet.

[1] Sem. jud. 36, 218; JZ X 375; vgl. „Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen", 1912 bis 1921; Band III, Obligationenrecht. Zürich 1928

des Bundesgerichts vom 4. Juli 1933[2] zeigt sich, daß der höchste Gerichtshof der Schweiz auch die v. Tuhrsche Erweiterung des Aufwendungsbegriffs aufnimmt.

Die beklagte „Fides"-Treuhandvereinigung in Zürich wollte im September 1931 einem Kunden zur Anlage flüssiger Gelder englische Goldsovereigns beschaffen. Sie beauftragte die klagende Schaffhauser Kantonalbank, das Gold in London zu erwerben und ihr in Zürich zur Verfügung zu stellen. In einem früheren Geschäft hatten die von der Klägerin beauftragten Londoner Mäkler das Gold nach Basel gesandt und gleichzeitig den Gegenwert auf Grund einer Anweisung der Klägerin beim schweizerischen Bankverein in London abgehoben.

Die Beklagte gab am Freitag, den 18. September, der Klägerin den Auftrag, 43000 Pfund in englischen Goldsovereigns in London interessewahrend und zu Originalbedingungen zuzüglich 1% Provision zu erwerben. Am gleichen Tage bestellte die Klägerin bei ihren Londoner Mäklern das Gold und deckte sich für den Gegenwert mit Pfunden, Auszahlung London, ein. Als die Klägerin am Morgen des Samstag, 19. September, von den Mäklern ein Schreiben erhielt mit der Mitteilung, die Bank von England habe angezeigt, daß sie unter Vorbehalt besonderer Umstände keine Goldsovereigns mehr ausgeben werde, fragte die Klägerin bei der Beklagten telephonisch an, ob sie statt dessen Gold b a r r e n beziehen wolle, worauf die Beklagte erst am 21. September antworten zu können erklärte. Am Sonntag, den 20. September, wurde die Bank von England von der Goldeinlösungspflicht entbunden. Der englische Kurs sank sofort beträchtlich. Der Verkauf der Devisen ergab einen Mindererlös, den die Klägerin — erfolglos — von der Beklagten fordert.

Aus den Gründen: ein Ersatzanspruch für Verwendungen ist nur gegeben, wenn diese „in richtiger Ausführung des Auftrages" (Art. 402 I OR) gemacht worden sind, d. h. wenn sie im Augenblick der Verwendung dem Beauftragten erforderlich erscheinen durften.

Aber die Forderung auf Ausgleich des Kursverlusts geht auf S c h a d e n ersatz, denn die Klägerin hat unfreiwillig einen Verlust erlitten. Da die Bank von England von der Goldeinlösungspflicht entbunden wurde, trat ein Pfundsturz ein, der auch die angeschafften Liversterlings betraf. Solchen Schaden, der, wie hier anzunehmen ist, der Klägerin aus dem Auftrage erwachsen ist, muß die Beklagte nur dann ersetzen, wenn sie

[2] Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichts, Band 59 (II), 245 ff.; „Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht", 8. Band, S. 782 bis 785

ein Verschulden trifft. Davon hat sie sich aber bereits exkulpiert. Die Klägerin hat dargelegt, aus der Antwort der „Fides", erst am Montag den Entscheid mitteilen zu können, habe sie sich für befugt erachten dürfen, das Pfundguthaben stehen zu lassen. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Die Klägerin wußte, daß die Beklagte für einen Dritten handelte, und wenn sie hinsichtlich der Weisungen auch ausschließlich auf die Beklagte angewiesen war, so kann dieser doch kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß sie am Samstag den Entscheid über den Kauf eines Surrogates für die Sovereigns nicht selbst treffen wollte. Ausschlaggebend ist nämlich der Umstand, daß in dieser Verschiebung der Entscheidung durchaus nicht die positive[3] Weisung lag, die Pfunde über Sonntag stehen zu lassen. Den Gegenstand der Unterredungen bildete vielmehr ausschließlich die Mitteilung der Makler, daß keine Sovereigns mehr ausgegeben würden, und die Frage, ob statt dessen Barren genehm seien. Nachdem die Klägerin ihrerseits den zwar nicht außergewöhnlichen, aber auch nicht ungefährlichen Weg der Pfundeindeckung gewählt hatte, lag es ihr ob, das Risiko über den Sonntag auszuschalten, zumal die Beurteilung der Gefahr doch in erster Linie der Bank und nicht dem Laien oblag. Selbst wenn die „Fides" imstande gewesen wäre, die Anregung einer Glattstellung der Liversterlings zu machen, hätte sie von der Klägerin voraussetzen dürfen, sie werde von sich aus dazu schreiten. Denn — das gibt die Klägerin selbst zu — Devisenbestände läßt man üblicherweise nicht über Sonntag stehen. Zum mindesten hätte die Klägerin die Pflicht gehabt, die Beklagte auf diese Umstände aufmerksam zu machen. In eigener Angelegenheit wäre sie anerkanntermaßen zur Liquidation geschritten. Eine am Montag neu zu bewerkstelligende eventuell verteuerte Eindeckung hätte der Klägerin nie vorgeworfen werden können.

Nun ist freilich der Unterschied zwischen Schaden und Aufwendung nicht scharf. Wer im Interesse eines anderen eine Sache bewußtermaßen einer Gefahr aussetzt, hat im Falle der Verwirklichung der Gefahr den Verlust gewollt und gleich gehandelt, wie wenn er eine Verwendung gemacht hätte. Nach einer weitverbreiteten Meinung in der Literatur wird dem Beauftragten dann, auf Grund der Art. 402 I, 431 OR, Verwendungsersatz zugestanden.

Es liegt also die Annahme näher, die Klägerin habe eine V e r-

[3] Diese Wendung ist ungenau: auch wenn eine s t i l l s c h w e i g e n d e Weisung in der Verschiebung der Entscheidung gesehen werden könnte, wäre der Klage stattzugeben.

wendung zum Zwecke der Ausführung des Auftrags gemacht. Allerdings lag die Verwendung vor dem Beginn der Ausführung, da die Pfundeindeckung noch nicht den Auftragsgegenstand selbst, nämlich den Goldkauf, unmittelbar betraf, sondern ihn nur vorbereitete. Da der Verwendungsersatzanspruch unabhängig vom Verschulden ist, so darf die Klägerin Ersatz dieser Auslage fordern. Diesem Anspruche kann dann aber die Beklagte eine Schadenersatzforderung wegen mangelnder Sorgfalt (Art. 398 I OR) entegenstellen. Zwar dürfen aus den nachträglichen Ereignissen in Großbritannien keine Rückschlüsse auf ihre Voraussehbarkeit gezogen werden, denn die plötzliche Aufhebung des Goldstandards war in der Tat nicht voraussehbar, aber mit der Durchführung des Kaufs der Goldsovereigns waren erhebliche Gefahren verknüpft, worauf die Kursschwankungen und der Mangel einer Pflicht der Bank von England, Sovereigns auszugeben, hinweisen mußten.

„Der Ausgang des Prozesses mag für die Klägerin hart erscheinen, zumal die letzte Ursache des Schadens in der nicht voraussehbaren Maßnahme einer fremden Regierung liegt und die Klägerin bei dem Geschäft, wenn es gelungen wäre, nur einen sehr kleinen Gewinn gemacht hätte. Wenn ihr aber für die Durchführung solcher Geschäfte doch die nötige Übung und Erfahrung mangelte, kann sie keinen Teil des Verlustes auf die Auftraggeberin abwälzen, die ihrerseits von einer Schuld frei ist."

Besonders anschaulich zeigt das Urteil, daß die Lehre v. Tuhrs oft zu Unklarheiten führt, da sie auf einem Gegensatz von Schäden und Aufwendungen basiert. Zunächst wird das Vorliegen einer Aufwendung verneint, weil es sich um einen unfreiwilligen Verlust handle. Dann soll doch eine Verwendung vorliegen, und zwar nach der Regel v. Tuhrs, wenn der Beauftragte im Interesse des Auftraggebers eine Sache einer Gefahr ausgesetzt hat, deren er sich bewußt gewesen war und die sich dann verwirklicht hat. Indessen paßt diese Formel, die das Bundesgericht entlehnt, garnicht zur Entscheidung. Man wird nicht sagen können, die Klägerin habe bewußtermaßen die Pfunde der Gefahr der Entwertung ausgesetzt. Wie das Bundesgericht selbst ausführt, war die Abwertung nicht vorhersehbar; von einem Handeln der Klägerin im Bewußtsein der Gefahr kann also keine Rede sein.

Als die Beklagte auf die Anfrage der Klägerin, ob sie statt der Sovereigns Barren besorgen solle, sich nicht entscheiden konnte, bestand der Auftrag in seiner bisherigen Form sicher nicht mehr, denn die Erreichung der Aufgabe des Beauftragten

hatte sich als unmöglich herausgestellt. Man wird sagen müssen, daß der Auftrag bedingt weiter bestand, denn es war ein anderes Geschäft in Aussicht genommen. Nimmt man aber bei Weiterbestehen eines Auftragsverhältnisses an, daß eine baldmögliche Liquidation geboten war, so hat die klägerische Bank jene durch den Pfundsturz hervorgerufene Verwendung nicht „in richtiger Ausführung des Auftrags" gemacht, denn eine Aufwendung liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur vor, wenn sie dem Beauftragten im Augenblicke der Verwendung (d. i. hier die Unterlassung der Pfundliquidation) erforderlich erscheinen durfte. Unter den gegebenen Umständen war die Pfundeindeckung besonders gefährlich. Wenn die Klägerin diesen Weg wählte, mußte sie sich fragen, ob die Eingehung eines derartigen Risikos im Interesse ihrer Auftraggeberin liegen könne. Diese Frage hätte die Klägerin, wie aus der tatsächlichen Würdigung hervorgeht, verneinen müssen. Mit Recht führt das Bundesgericht aus, eine am Montag neu zu bewerkstelligende eventuell verteuerte Eindeckung hätte der Klägerin nie vorgeworfen werden können.

Unserer Ansicht nach liegt zwar eine Verwendung vor, die aber keinen Ersatzanspruch begründet, weil es der Klägerin im Rahmen ihrer vertraglichen Pflicht obgelegen hätte, diese Verwendung zu vermeiden.

Jedenfalls hätte es eines Gegenanspruches nach Art. 398 I OR nicht bedurft.

c) In seinem Urteil vom 10. März 1925[4] hat das Bundesgericht folgenden Fall entschieden:

Ein Unbekannter, der sich als Franzose namens Willemin ausgab, ließ sich gegen Zahlung des Wertes in schwedischer Währung von der klagenden Göteborger Bank einen Scheck an seine Ordre, gezogen auf die beklagte Baseler Bank, ausstellen. Die Klägerin überwies das Geld an die Beklagte mit dem Ersuchen, es gegen den Scheck Nr. 7004 auszuzahlen.

Am 10. Juli brachte Willemin den Scheck der Klägerin zurück; er habe keine Verwendung dafür. Auf sein Ersuchen zahlte die Klägerin den Gegenwert an ihn aus, teilte die Annullierung des Schecks der Beklagten mit und bat um Gutschrift der überwiesenen Deckung.

Ebenfalls am 10. Juli wurde der Beklagten in Basel ein nachgemachtes Exemplar des Schecks Nr. 7004 präsentiert und von ihr eingelöst. Als die Beklagte vier Tage später die Annullierungsanzeige der Klägerin erhielt, teilte sie sofort die geschehene Auszahlung mit und verweigerte eine Gutschrift.

[4] Amtliche Sammlung, Band 51 (II), 183 ff.

Die Klage wurde hauptsächlich aus folgenden Gründen abgewiesen:

Das zwischen den Parteien vorliegende Rechtsverhältnis ist ein Auftrag. Der Beauftragte hat einen Schaden erlitten. Lediglich dem Umstande, daß die Beklagte Deckung hatte, ist es zuzuschreiben, daß der Auftraggeber die Rolle des Klägers übernommen hat.

Ein Verschulden seitens der Beklagten lag nicht vor, da, wie die Klägerin selbst zugegeben hat, die Scheckfälschung so geschickt war, daß keinerlei Verdachtsmomente für die Bezogene bestehen konnten, ihn nicht zu honorieren.

Die Auszahlung ist jedoch nicht als Verwendung anzusehen, da sie nicht in — objektiv zu beurteilender — „richtiger Ausführung des Auftrags", sondern in entschuldbarem Irrtum geschah. Dagegen stellt die vermeintliche Verwendung einen typischen Schadensfall dar. Für Schäden allerdings haftet der Auftraggeber nicht schlechthin, sondern nur insoweit er seine Schuldlosigkeit nicht darzutun vermag.

Fälschung ist eine „dem Checkverkehr inhärente Gefahr", die dem Bezogenen droht. Der aus einer solchen irrtümlichen Honorierung „resultierende Verlust ist ein Schaden, erlitten nicht in Ausführung des Auftrags, sondern zufolge dessen bloßer Existenz und damit auch, da er mit dem Auftrag als solchem in adäquatem Kausalzusammenhang steht, ein Schaden aus dem Mandat gemäß Art. 402 II OR. Denn ein Auftrag der vorliegenden Art ist generell geeignet, einen solchen Erfolg zu bewirken".

Es ist also auf Abs. 2 (Art. 402 OR) abzustellen. Der Exkulpationsbeweis ist besonders streng zu prüfen, weil der Gesetzgeber schon zur Kausalhaftung neigte. Ist nun — wie hier — der Beauftragte völlig von Verschulden freizusprechen, so muß der Mandant haften, wenn ihn auch nur eine culpa levissima trifft, die hier darin zu sehen ist, daß die Klägerin den Scheck zurückkaufte, ohne zuvor die Beklagte von dessen Annullierung zu unterrichten. Gleichgültig ist, was die Klägerin einwendet, daß ein solcher Widerruf des Avis als Vorsichtsmaßnahme im internationalen Bankverkehr nicht üblich sei. Die Klägerin mußte vielmehr nach der objektiven Sachlage damit rechnen, „daß sie durch die Rücknahme des Schecks von einem Unbekannten, acht Tage nach der Ausstellung, ohne vorgängige Benachrichtigung der Bezogenen, die Gefahr einer Schädigung schaffe".

Auch eine Teilung des Schadens kann angesichts dieses, wenn auch nur leichten Verschuldens der Klägerin und nach der

besonderen Natur des Verhältnisses nicht in Frage kommen. Die Klage wird daher abgewiesen.

Dazu ist zu bemerken:

Wie in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, jedenfalls später (vgl. oben, S. 52, 55), feststeht, ist für Verwendung dann Ersatz zu leisten, wenn der Beauftragte den Nachteil im Augenblick der Verwendung für erforderlich halten durfte. Danach würde im vorliegenden Falle immer eine Verwendung vorhanden sein. Bei dieser bedarf es nicht eines Exkulpationsbeweises, denn die Klägerin (Auftraggeberin) muß auch bei völlig korrektem Verhalten ihrerseits für Verwendungen einstehen. Auf diese Weise kann man die bedenkliche Begründung, schon eine „culpa levissima" genüge zur Schadenersatzpflicht, vermeiden. Im Gesetz ist für den Ersatz von Schaden lediglich die Beweislast umgekehrt; aber Schuld ist zur Haftungsbegründung erforderlich. Hat sich nun die Klägerin von der Culpa-Präsumption durch Beweis befreit und ist ihr nur noch eine „culpa levissima" vorzuwerfen, so darf, selbst wenn man Abs. 2 anwenden will, von einer Vollhaftung keine Rede mehr sein. Das Gericht lehnt allerdings eine Teilung des Schadens ab wegen der „besonderen Natur des Verhältnisses". Das läßt die Vermutung zu, die Beklagte (Beauftragte) habe unentgeltlich oder nur für eine Provision, in der die Tätigkeit, nicht auch die damit verbundene Gefahr entgolten wurde, gehandelt.

Geht man davon aus, daß keinen der beiden Kontrahenten eine technische Schuld trifft, so wird der Klage nur insoweit stattzugeben sein, als die Beklagte (Beauftragte) entgeltlich handelte.

d) In seinem Urteil vom 13. Dezember 1922[5] hat das Bundesgericht folgenden Fall entschieden:

Der beklagte Landwirt bemerkte eines Abends, daß in seinem Walde Holz gestohlen wurde. Er weckte den Kläger, der bei ihm als Melker angestellt war, und veranlaßte ihn, mit in den Wald zu gehen, um nach den Dieben zu sehen. Bei dem Zusammentreffen verlor der Kläger ein Auge. Die Diebe entkamen sämtlich unerkannt.

Den Ersatzanspruch sprach das Bundesgericht dem Grunde nach zu.

Aus den Gründen: obwohl das Dienstverhältnis in der Landwirtschaft so eng ist, daß der Dienstverpflichtete zur Familie des Dienstberechtigten gezählt wird, kann ein Knecht doch nicht verpflichtet sein, den Bauern bei Überwachung und Ver-

[5] Amtliche Sammlung, Band 48 (II), 487 ff.

teidigung seines weiteren, über den unmittelbaren Bestand von Haus und Hof hinausgehenden Eigentums zu unterstützen. Wenn daher der Kläger der Aufforderung des Beklagten, ihn in den Wald zu begleiten, Folge leistete, so ist damit ein vom Dienstvertrage unabhängiger Auftrag entstanden.

Ein Verschulden i. S. 402 II OR kann dem Beklagten nicht vorgeworfen werden, da der Kläger die Gefahr auch kannte. Aber das starre Culpaprinzip des Art. 402 hat das revidierte Obligationenrecht bei der Geschäftsführung ohne Auftrag in Art. 422 durchbrochen und zur Kausalhaftung erweitert, indem es nach richterlichem Ermessen Ersatz zuspricht. Beim Geschäftsherrn ohne Auftrag kommt ja auch mangels jeglicher vertraglicher Beziehungen ein Verschulden nicht in Betracht. Damit ist aus Billigkeitsgründen, so hat die Kommission ausgeführt, der Geschäftsführer ohne Auftrag besser gestellt als der Beauftragte. Beim entgeltlichen Mandat nun mag die Haftungsabwendung durch Exkulpation gerechtfertigt sein, nicht aber beim altruistischen Auftrag. Die unterschiedliche Behandlung zu Art. 422 kann nur Versehen des Gesetzgebers sein, das nach Art. 1 ZGB der Richter zu korrigieren hat. Der Beklagte hat daher den Kläger für den erlittenen Schaden in billiger Weise gutzustellen.

Vollen Ersatz darf man jedoch dem Beklagten nicht aufbürden, weil er die Gefahr gemeinsam mit dem Kläger getragen hat und die Haftung bei Hilfeleistung in einem vernünftigen Verhältnis zum abzuwendenden Schaden stehen muß. Dementsprechend muß die Haftung weiter gehen, wenn der Schaden bei Abwendung einer drohenden Lebensgefahr, als wenn er bei Verteidigung des Eigentums entstanden ist.

Da auf keiner Seite ein Verschulden festgestellt werden kann, erwartet man die Zubilligung eines Aufwendungsersatzes. v. Tuhrs Regel, nach der der aus einer bewußt gefährlichen Handlung entsprungene Schaden auch zu den Verwendungen zu zählen ist, würde hier eher passen als in dem oben (S. 52 ff.) berichteten Urteile, wo sie angewendet wurde; die englische Abwertung war nämlich weniger zu erwarten, als es eine Körperverletzung bei der Verfolgung von Holzdieben ist.

Der Grund für diese unterschiedliche Behandlung mag darin liegen, daß im vorliegenden Falle kein Vermögensschaden gegeben ist, daß also auf Schaden an Leib oder Leben der Aufwendungsbegriff nach Ansicht des Bundesgerichts nicht paßt.

Der Sachverhalt unterscheidet sich in seiner juristischen Bedeutung nicht von dem der RG-Entscheidung in JW 09, 311 (oben S. 37 ff.) und ähnelt besonders dem oben S. 45 („Recht“

1929, Nr. 1829) berichteten Falle. Dabei ist mit dem Bundesgericht davon auszugehen, daß es nicht zu den Pflichten des Klägers als Knecht gehörte, bei der Verfolgung von Holzdieben behilflich zu sein. Nur liegt nicht, wie das Bundesgericht annimmt, ein gesondert nebenherlaufender Auftrag vor, sondern der Hauptvertrag (Dienstvertrag) nimmt die neu eingegangene Nebenpflicht (bei der Verfolgung der Holzdiebe behilflich zu sein) in sich auf. Diese Nebenpflicht hat auftragsähnlichen Charakter, und der Verpflichtete darf nicht schlechter gestellt werden als ein Beauftragter. Aus diesem Grunde finden die Bestimmungen über den Auftrag Anwendung; außerdem aber bleibt der Dienstvertrag bestehen, was z. B. wichtig ist wegen der Fürsorgepflicht des Dienstgebers.

Wie das Bundesgericht halten wir die Schlechterstellung des Geschäftsführers in Art. 402 II dann für einen gesetzgeberischen Fehlgriff, wenn ein unentgeltlicher Auftrag vorliegt. Eine danach vorgenommene Unterscheidung ist unentbehrlich.

De lege lata ist das Bundesgericht in geschickter und unangreifbarer Weise zum billigen Ergebnis gekommen, wenn man von der Teilung des Schadens absieht, zu der bei so einseitiger Interessenlage kein Grund gegeben ist.

De lege ferenda wird man eine Ausscheidung der Aufwendungsschäden aus dem allgemeinen Aufwendungsersatz vermeiden müssen. Der Ersatz von Schadensaufwendungen sollte lediglich ein Teil der in Art. 402 I geregelten Ersatzpflicht des Mandanten sein. Es ist unbillig, an den Ausgleich der durch solche unberechtigte Scheidung geschaffenen „gegensätzlichen Nachteile" abweichende Maßstäbe in der Abhängigkeit vom Verschulden zu legen.

e) Einen ähnlich gelagerten Fall hat das Bundesgericht im Jahre 1935[6] entschieden und dabei besonders auf das eben berichtete Urteil Bezug genommen:

Ein Bauer bat seinen Nachbarn, für ihn einen Birnbaum zu schütteln, da er selbst wegen Schwindels nicht mehr auf Bäume steigen könne. Beim Schütteln brach ein großer (gesunder) Ast, der daraufstehende Kläger stürzte ab und verletzte sich schwer.

Sein Ersatzanspruch wurde zugebilligt.

Der Kläger habe die Aufgabe auf Grund der guten nachbarlichen Beziehungen übernommen. In solchem Falle greife die Regelung des Art. 402 OR nicht durch, die sich nur aufs ent-

[6] „Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht", 10. Band, S. 207/8

geltliche Mandat beziehe. Der innere Grund für die Besserstellung des Geschäftsführers ohne Auftrag (Art. 422) treffe beim unentgeltlich tätigen Beauftragten ebenfalls zu: auch er übernehme ein altruistisches Geschäft.

Das Bundesgericht hat in diesem Urteil bemerkenswerte Ausführungen zum Wesen der Unentgeltlichkeit gemacht:

Die Leistung von Gegendiensten, wie z. B. die Überlassung des Pferdes durch den Beklagten an den Kläger und dergleichen, die als „Entgelt" gedacht gewesen seien, vermöchten das Geschäft noch nicht zu einem entgeltlichen im hier maßgebenden Sinne zu stempeln. Wenn auch ein solcher Dienst vielleicht erwiesen werde in der Hoffnung, daß der Nachbar gegebenenfalls dann Gegenrecht halte, so könne doch nicht schon deswegen der altruistische Charakter der Handlung verneint werden, sondern es werde sich im allgemeinen eben doch um freundnachbarliche Hilfeleistungen handeln, die ihrem Wesen nach unentgeltlich seien. Immerhin sei es denkbar, daß man auch derartige Dienstleistungen unter Nachbarn, sei es nach allgemeiner Ortsübung, sei es im konkreten Fall, als entgeltliche Geschäfte anzusehen habe.

III. England.

Nach Schirrmeister-Prochownick[1] kann „der Beauftragte verlangen, daß ihn der Auftraggeber wegen aller Auslagen, Verluste oder Verbindlichkeiten, gegenwärtigen sowohl wie zukünftigen, die er im Rahmen seiner Beschäftigung rechtmäßig und angemessenerweise erlitten oder auf sich genommen hat, schadlos hält".

Auf gleicher Grundlage also wie Auslagen und Verbindlichkeiten sind auch Verluste, „unfreiwillige Vermögensminderungen" nach deutscher und schweizerischer Terminologie, zu ersetzen.

Das englische Recht geht wie das amerikanische von der implied indemnity aus[2]: „Where one employs another to do an apparently lawful thing, the law generally implies from the request an undertaking to indemnify in respect of acts done within the scope of his authority."

Zwei Entscheidungen des Court of Appeal aus den Jahren 1932

[1] „Das bürgerliche Recht Englands", Kommentar zu der Kodifikation von Jenks, Geldart, Lee, Holdsworth, Miles. Zweiter Band nebst Nachträgen zu Band I; Berlin 1929

[2] „The Annual Practice, being a collection of the Statutes, Orders, and Rules . . . of the Supreme Court", 1936, p. 298

und 1934, die beide vom Aufhalten durchgegangener Pferde handeln, führen zu wichtigen Abweichungen voneinander.

Im Falle Cutler v. United Dairies (London) Ltd.[3] war ein Wagenpferd durchgegangen, während der Fahrer gerade in einem Hause war. Auf einer Wiese neben dem Hause des Klägers kam es zum Stehen. Hier erreichte es der aufgeregte Fahrer und rief um Hilfe. Der Kläger kam daraufhin herbei und wollte auf Bitten des Fahrers das Pferd am Kopfe festhalten. Da aber schlug es aus, der Kläger stürzte und wurde überfahren. Während der Unterrichter die Frage verneinte, ob der Kläger freiwillig und in voller Kenntnis des Risikos seines Eingreifens die Gefahr auf sich genommen habe, führt Scrutton, L.J., als Begründung des den Kläger abweisenden Urteils aus, der Kläger habe gewußt, daß das Pferd durchgegangen war und deshalb gefährlich sei. Wenn jemand unter solchen Umständen den Versuch mache, ein unruhiges Pferd zu halten, müsse er als natürliche und gewöhnliche Folge voraussehen, daß er dabei verletzt werden könne. Der erlittene Schaden sei auf sein eigenes Eingreifen (intervention) zurückzuführen. Der Kläger habe keine Pflicht zum Eingreifen gehabt.

Auch Slesser, L. J., führt aus, „essential cause" des Unfalls sei die freiwillige Handlung des Klägers gewesen. Selbst wenn die Beklagte vielleicht eine Fahrlässigkeit treffe, habe der Kläger in voller Kenntnis des Risikos die Gefahr freiwillig übernommen. Die Fahrlässigkeit der Beklagten — dies Pferd war schon zweimal durchgegangen und wurde trotzdem weiter im Stadtverkehr verwendet — falle dann ins Gewicht, wenn jemand so wie der Kläger handle, um sich oder sein Kind zu retten. Dann sei rechtlich keine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs (novus actus interveniens) gegeben[4].

Obiter dictum Lord Scrutton's: angenommen, ein Pferd stürzt die Straße entlang, und ein Zuschauer wird beim Versuch, es anzuhalten, verletzt. Besteht in diesem Falle eine Schadenersatzpflicht des Eigentümers? Nach meiner Meinung lediglich auf Grund dieser Tatsache nicht. Man muß annehmen, daß der Mann die gewöhnliche und natürliche Folge seiner Handlung kennt, nämlich daß er niedergeschlagen und verletzt werden kann. Er ist nicht verpflichtet, irgendein Pferd aufzuhalten. Wenn er aber eine Handlung vornimmt, die normaler-

[3] 149 L. T. Rep. 436; 102 L. J. K. B. 663; (1933) 2 K. B. 297; C. A.; Surv. 143 (1933). „Zeitschrift für ausländisches u. internationales Privatrecht", 9. Band, S. 462

[4] Vgl. Enneccerus-Lehmann (1932), Schuldverh., S. 71: bestand für das Dazwischentreten eine gerechtfertigte Veranlassung (Anhalten durchgehender Pferde), wird der Kausalzusammenhang nicht ausgeschlossen (RGZ 50, 223)

weise Schaden zur Folge haben kann, muß er und nicht der Eigentümer den Schaden tragen.

Die Entscheidung ist genau entgegengesetzt der, die in Deutschland getroffen zu werden pflegt: da der Fahrer den Helfer gerufen hatte und die Hilfe unentgeltlich erfolgte, würden wir den Vertrag dahin auslegen, daß der Auftraggeber die Gefahr übernahm.

Dagegen hat der Court of Appeal in seinem Urteil vom 29. und 30. Oktober 1934 den Anspruch zugebilligt[5]:

Der Angestellte der Beklagten hatte deren zweispännigen Wagen unbeaufsichtigt auf der Straße stehen lassen. Die Pferde wurden durch einen Steinwurf unruhig und gingen auf der belebten Straße durch. Der Kläger, der auf dem Polizeirevier arbeitete, also keinen Außendienst hatte, sah den Vorgang durchs Fenster. Er lief auf die Straße, packte die Pferde an den Köpfen und brachte sie zum Halten. Dabei wurde er verletzt. Er klagte den Schaden in beiden Instanzen erfolgreich ein mit der Begründung, er habe seine Pflicht, Leben und Eigentum zu schützen, getan. Der Court of Appeal wies die Revision zurück. Die Richter hatten bei ihren Begründungen das zwei Jahre vorher vom Court of Appeal gefällte Urteil immer vor Augen.

So führt Greer, L. J., aus, die Straße sei stark belebt und Schulen in der Nähe gewesen. Eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges liege nicht vor, weil das bewußte Handeln des Klägers „natural and probable consequence of the wrongful act" sei. Der Satz „volenti non fit iniuria" finde keine Anwendung, weil der Kläger bei einem dringenden Falle bewußt und nach klarer Überlegung der Gefahr ins Auge gesehen habe, um jemanden von unmittelbarer Leibes- oder Lebensgefahr zu retten, ob nun der Retter dem Gefährdeten zu besonderem Schutze verpflichtet sei als Mitglied seiner Familie oder nicht. Es folgt sodann eine Auseinandersetzung mit dem obiter dictum Lord Scrutton's im vorher berichteten Falle. Die Entscheidung habe keine Beziehung zu der hier abzugrenzenden Frage, denn dort habe der Kläger nicht Menschen aus Gefahr retten wollen, sondern nur gehandelt „assisting defendant's servant". Es sei richtig: ein Zuschauer, der auf die Straße laufe, um ein durchgehendes Pferd aufzuhalten, könne daraus keine Ansprüche herleiten. Wenn es sich aber um eine Tat handle, die man vom „normally corageous man" erwarten könne zum Schutze der Mitmenschen, dann bestehe ein Anspruch. Scrutton's dictum

[5] Haynes v. Harwood and son, 152 L. T. Rep. 121 (Vorinstanz: 151 L. T. Rep. 135; (1934) 2 K. B. 240)

sei nur dann mit der vorliegenden Entscheidung zu vereinbaren, wenn er lediglich seinen Spezialfall gemeint habe. Er habe sich dann zu allgemein ausgedrückt.

Maugham, L. J., begründet zunächst eine moralische Pflicht des police constable. Es sei der zu erwartende Lauf der Dinge, daß sich jemand zur Errettung von Menschenleben durchgehenden Pferden entgegenwerfe. Das Gesetz denke nicht so niedrig vom Menschengeschlecht, als daß es nicht es für eine natürliche und wahrscheinliche Handlungsweise hielte, wenn gesunde Leute sich zur Rettung einer in Gefahr befindlichen hilflosen Person derselben Gefahr aussetzten. „In deciding whether such a rescuer is justified in putting himself into a position of such great peril, the law has to measure the interests which he sought to protect and the interests involved." Ein aus moralischem Antriebe heraus handelnder Helfer, der seine Kräfte und Aussichten übersehe, und der sich beschämt fühlen würde, wenn er untätig dabeistünde, erhebe eine solche Klage mit Erfolg.

Obwohl also auch hier keine Pflicht des Klägers vorliegt, gibt das Gericht der Klage statt. Auch Maugham, der zunächst mit einer moralischen Pflicht des constable begründet, unterbaut diese Pflicht nicht aus dessen Eigenschaft als Polizist, sondern geht davon aus, daß den police constable außer Dienst eine solche Pflicht nur in demselben Grade treffe wie jeden anderen gesunden jungen Mann.

Die Entscheidung wird getragen von dem Umstande, daß der Einsatz sogar eines Lebens hier gerechtfertigt war, weil in der belebten Straße viele Menschen, darunter hilflose Personen (Schulkinder), gefährdet waren. Es liegt in solchem Falle nahe, daß sich jemand der Gefahr absichtlich unterzieht, der auf Grund seiner Konstitution sie zu überwinden größte Aussichten hat.

Wenn wir ohne Bedenken schon im erstberichteten Falle einen Ersatz gewähren würden, so müssen wir anerkennen, daß der zweite Fall erheblich klarer liegt.

Nehmen wir einmal an, der Hilferuf des Fahrers sei mit Willensmängeln behaftet, so daß ein Auftrag nicht zustandekommen konnte. Es wird ja berichtet, daß der Mann sehr aufgeregt war. Wir müßten dann — wie im zweiten Fall — die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung bringen; die Begründung des Gerichts wird dann verständlicher: der Kläger wußte, daß das Pferd durchgegangen und deshalb gefährlich war. Da es auf einer Wiese zum Halten kam, wo es aller Voraussicht nach keinen großen Scha-

den mehr anrichten konnte, fragt es sich, ob der Kläger im „Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen" (§ 677 BGB) eingegriffen hat.

Wie schon gesagt, bejahen wir im Falle Cutler v. United Dairies die Haftung. Wir stellen die beiden Fälle heraus als lehrreiche Beispiele zu dem oben (S. 29) behandelten Problem, ob die einseitige, aber berechtigte Annahme des Beauftragten, die Eingehung der Gefahr sei für die Vertragserfüllung notwendig, genügt, um den Anspruch zu rechtfertigen.

Aus dem von uns aufgestellten ersten Grundsatz (vgl. oben S. 28), daß als Minimum an Auslagen das anzusehen sei, was nach der Vertragsauslegung von beiden Parteien zur Ausführung des Auftrags als notwendig erachtet wurde, ergibt sich die folgende Entscheidung[6], die auch in ihrer Begründung vollen Beifall verdient:

Der Kläger, Eigentümer von Kohlenbergwerken, hatte einige Kipploren, die ihm sein Kunde P zur Verladung seines Kohlenbedarfs geschickt hatte, im Besitz. P verfiel in Zahlungsschwierigkeiten. Die K-Gesellschaft verlangte vom Kläger Herausgabe der Loren, da sie sie von P gekauft habe. Der Beklagte forderte die Herausgabe an sich, da er Liquidationskurator des P sei. Kläger kannte beide Ansuchen und schickte die Loren dem Beklagten, der die Forderungen der K kannte, wie er selbst schriftlich zugegeben hat. Die K klagte in einem Vorprozeß gegen den jetzigen Kläger, der verständigerweise deren Forderung voll erfüllte, ohne sich erst verurteilen zu lassen.

Urteil: der Beklagte muß aus Vertrag den Kläger schadlos halten, denn er hat „promised the plaintiff that he would indemnify him for so doing".

In einer großen Anzahl von Entscheidungen wird dies Prinzip der Vertragsauslegung besonders für den Börsenmaklervertrag bestätigt: der Börsenmakler wird lediglich für seine Tätigkeit entgolten und kann daher die typischen Geschäftsschäden vom Auftraggeber ersetzt verlangen.

Fall Taylor and others v. Stray[7]: die Kläger, Börsenmakler, kauften im Auftrag des Beklagten Aktien der Royal British Bank, zahlbar am 15. IX. Am 3. IX. stellte die Bank ihre Zahlungen ein und verfiel kurz darauf in Konkurs. Am 11. IX. widerrief der Beklagte den Auftrag und wies die Kläger an, nicht für ihn zu zahlen. Die Kläger, die nach den Börsenregeln

[6] Dugdale and others v. Lovering, Urteil v. 29. I. 1875. 32 L. T. Rep. 155—159 (Court of Common Pleas)

[7] „The English Reports", vol. CXL, p. 380—389. Common Pleas XVIII, containing: Common Bench Reports (New Series), vols. 1 to 4. London 1913

bereits früher gezahlt hatten, wurden für berechtigt erklärt, das gezahlte Geld zu fordern. Sie seien durch den Auftrag zu allen Handlungen ermächtigt gewesen, die bei solchem Geschäft an der Börse üblich sind.

Im Falle Sentance v. Hawley[8] hatte der klagende Makler im Auftrage des Beklagten 3 lots Zucker eingekauft. Als ihn der Beklagte zur Begleichung des ersten lot anwies, zahlte der Kläger nach Maklerusance auch gleich die beiden anderen lots. Damit ging das Feuerrisiko auf den Käufer über. Der Beklagte wußte von diesem Brauch. Etwa zwei Monate später instruierte der Beklagte den Kläger, das zweite lot zu bezahlen. Ehe diese Anordnung noch hätte ausgeführt werden können, brannten die drei Warenmengen ab. Der Kläger fordert Ersatz für die Zahlung aller drei Zuckerlots. Beide Instanzen gaben der Klage statt.

Bayley v. Wilkins[9]: der Kläger kaufte im Auftrag des Beklagten Aktien. Zur Zeit des Einkaufs wurde eine Börsensteuer auf den Übergang von Wertpapieren eingeführt, die nur noch nicht fällig war. Der Verkäufer hatte diese Steuer bezahlt, um die Übertragung der Aktien vornehmen zu können. Der Kläger forderte die Summe vom Beklagten. Da dieser nicht antwortete, legte der Kläger das Geld aus. Er war nach Börsenregeln persönlich zur Zahlung verpflichtet. Seiner Klage wurde stattgegeben. Der Vertrag habe den Einkauf zum Gegenstande gehabt; damit sei der Kläger zu allem ermächtigt gewesen, was hierzu nötig ist.

Dieser letzte Fall ist übrigens wieder ein Beispiel für Aufwendungen, auch im Sinne der herrschenden deutschen Lehre, die nicht auf freiem Willen des Beauftragten beruhen.

Bei derartigen Steuern, die auf der Auftragshandlung selbst liegen, wird man selten den Beauftragten belasten. Vielmehr ergibt sich hier aus der Tatsache, daß er für den Auftraggeber handelt, die Notwendigkeit, dem Mandanten solche Kosten aufzuerlegen. Das zeigt das Urteil im Falle Adams v. Morgan and Co Ltd.[10]: der Kläger verkaufte sein Geschäft an die Beklagten, eine limited company. Der Verkauf sollte mit dem 1. I. 1919 Wirkung haben; bis zur völligen Preiszahlung sollte der Kläger

[8] „The English Reports", vol. CXLIII, p. 182 ff, Common Pleas XXI (London 1914). S. C. 7 L. T. 745; 11 W. R. 311

[9] „The English Reports", vol. 137, Common Pleas XV, vols. 7 to 9, (London 1913) S. 351–359. S. C. 18 L. J. C. P. 273; 13 Jur. 883

[10] 130 L. T. Rep. 792; Urteil des Court of Appeal v. 30. IX. 1923; appeal from the King's Bench Division.

im Besitze der Sachen bleiben. Er sollte das Geschäft für Rechnung der Beklagten führen und erhielt dafür ein monatliches Gehalt. Er sollte den Beklagten Rechnung legen und dementsprechend Entschädigung erhalten. Für die super-tax[11] wurde der Kläger auf 1459 Pfund eingeschätzt mit Rücksicht auf die Gewinne, die er für die Gesellschaft machte. In der vorliegenden Klage fordert er von den Beklagten im Regreßwege den Betrag, den er an super-tax bezahlt hat. Der Klage wurde stattgegeben, ungeachtet der Tatsache, daß die Beklagten als limited company der super-tax nicht unterliegen.

Der Kläger hatte gegen die Steuerveranlagung Einspruch erhoben, war aber abgewiesen worden. Er war auf eine Summe eingeschätzt worden, die nie zugrunde gelegt worden wäre, wenn er noch auf eigene Rechnung gewirtschaftet hätte.

Auch die englische Judikatur gibt eine Bestätigung dafür, daß es beim entgeltlichen Vertrage einer Abwälzung vertragstypischer Nachteile nicht bedarf. Im Falle Fenton v. Denville[12] war der Kläger als Schauspieler der Wanderbühne des Beklagten bei einer Hinrichtungsszene — er mußte in einer Versenkung verschwinden — verletzt worden. Der Beklagte selbst hatte keine Schuld daran, denn er pflegte nicht mitzureisen und hatte die Szene gestrichen. Der Regisseur hatte sie dennoch mit aufführen lassen. Das Gericht begründet die Klagabweisung mit der Annahme, daß ein Arbeitnehmer die natürlichen Berufsgefahren, die ihm bei Abschluß des Arbeitsvertrages bekannt sein müssen, auf sich nimmt.

Die Haftung für den Regisseur wird auf Grund der „theory of common employment" abgelehnt. Das englische Recht (das dem amerikanischen auch darin Vorbild gewesen ist; vgl. unten, E IV, S. 73 ff.) stimmt mit dem deutschen überein, wenn es den Schaden, an dem ein Mitarbeiter die Schuld trägt, lediglich gegen den schuldigen Arbeitnehmer einklagen läßt. Wir begründen dies in Deutschland, indem wir § 278 BGB für unanwendbar erklären, da der schuldige Arbeiter nicht Erfüllungsgehilfe des Unternehmers in dessen Verbindlichkeit, seine Arbeiter vor Schäden zu bewahren, sei. Im angloamerikanischen

[11] Gemäß dem seit 1929 aufgehobenen Teil der „Income Tax Act" von 1918 wird außer der üblichen Einkommensteuer eine zusätzliche Abgabe auf das Einkommen des Einzelnen erhoben, dessen Gesamteinkommen (alle Quellen eingeschlossen) 2000 Pfund überschreitet (super-tax). Vgl. „The Complete Statutes of England", vol. IX; London 1929

[12] 147 L. T. Rep. 243. Urteil des Court of Appeal; 101 L. J. K. B. 641; (1932) 2 K. B. 309; 48 T. L. R. 433 - C. A. „Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht", Band 7 (1933), S. 335

Recht nennt man dies die Theorie vom „common employment" oder die „fellow servant rule". Sie wird ebenso begründet wie die Ablehnung eines Ersatzes für vertragsbedingte Nachteile im Arbeitsverhältnis. Der Richter Erle[13] sagt: der Angestellte nimmt alle gewöhnlichen Gefahren der Arbeit[14] auf sich einschließlich der Nachlässigkeit seiner Arbeitskollegen (plus ihrer Insolvenz, fügen wir hinzu, denn wenn er sich von dem fellow servant entschädigen lassen kann, benötigt er eine Klage gegen den master nicht mehr).

In England ist die fellow servant rule eingeschränkt durch die „Employer's Liability Act" von 1880[15]. Danach haftet der Arbeitgeber für Körperverletzungen, die ein Arbeiter erlitten hat durch die Nachlässigkeit irgendeines Angestellten des Arbeitgebers, der mit der Aufsichtsführung betraut ist. Man wird darin besonders eine Haftung für Vormänner zu sehen haben, und es drängt sich die Frage auf, warum die „Employer's Liability Act" nicht im letztberichteten Falle zur Anwendung gekommen ist. Wenn der Beklagte selbst nicht mitzureisen pflegte, muß der Regisseur doch Vollmachten gehabt haben, die ihn unabhängiger stellen als einen Vormann.

Der Richter Scrutton erklärt, der Beklagte hafte nicht, denn er „. . . had delegated to competent persons the production of plays". Danach soll der Dienstgeber wohl nur für culpa in eligendo einstehen. Die Ausführungen Greers, L. J., bestätigen diese Annahme. Greer wirft die Frage auf, ob der Beklagte hafte für „negligence of his foreman or manager in failing to supply safe machinery or plant for the use of his servants . . .", kommt aber zu dem Schluß, „that even in cases where the negligence relied on by the plaintiff consists of negligence in the supply or maintenance, the employer is only liable if personal negligence is proved and that if the failure to supply . . . the plant . . . in a safe condition is due to the negligence of a manager, . . . the employer is not responsible unless it can be shown that he failed to use reasonable care to s e l e c t a c o m p e t e n t manager . . ."

---

[13] Im Falle Tunney v. Midland Railway Co., 1866 L. Rep. 1 C. P. at p. 296

[14] Diese Begründung erscheint uns treffender als die deutsche zu § 278 BGB. Es handelt sich um „risks incident to the employment", um vertragstypische Nachteile mit gewöhnlicher Kausalverkettung. Die Lehre vom „common employment" wird deshalb ausführlicher, als es zunächst notwendig erscheinen mag, abgehandelt.

[15] Schirrmeister-Prochownick I, Allg. Teil; 2. Hälfte, S. 678

Story lehrt[1]: „. . . if an agent has, without his own default, incurred losses or damages in the course of transacting the business of his agency, or in following the instructions of his principal, he will be entitled to full compensation therefor."

Story bringt dazu nur Beispiele, in denen der Auftraggeber den Schaden des Beauftragten, meist sogar vorsätzlich, verschuldet hat. Hier sei immer eine Pflicht des principal zur indemnity gegeben, „whether there be a promise . . . or not". „The same doctrine applies to all other cases of losses or damages sustained by an agent in the course of business of his agency, if they are incurred without any negligence or default on his own part." Diese Meinung ist noch heute die herrschende.

Besonderen Wert legt man auf die Weisungen[2] des principal gemäß Bouvier's Law Dictionary[3]: „. . . to indemnify the agent when without his own default, he has sustained damages in following the directions of his principal: for example, when the agent has innocently sold the goods of a third person, under the direction or authority of his principal, and a third person recovers damages against the agent, the latter will be entitled to reimbursement from the principal."

Auf das Interesse des principal am Geschäft stützt Gilmore[4] die Ersatzpflicht: „An agent is entitled to be reimbursed for all proper outlays made and expenses incurred by him in the course of his employment for the benefit of his principal". „The law casts the duty upon the principal as a necessary consequence of the relationship."

Die Rechtsprechung ist nicht nur dem Auftragsrechte, sondern auch dem Arbeitsrechte entnommen, da der agent nicht notwendig unentgeltlich handelt, andererseits der servant oft einen Lohn erhält, in dem das übliche Beschäftigungsrisiko nicht entgolten ist. Im übrigen läßt sich eine Abgrenzung beider Rechtsverhältnisse nicht verläßlich vornehmen; vielmehr überschneiden sich Auftrag und Arbeitsvertrag. Wir entnehmen dem „Corpus Juris"[5]: „. . . the two relations are essentially

[1] Joseph Story, „Commentaries on the Law of Agency", § 339, S. 433

[2] Darauf ist an Hand der Ansicht Fr. Mommsens oben, A, S. 3 eingegangen worden.

[3] „A concise Encyclopaedia", vol. III, S. 2697 („Liabilities of the Principal to his Agent")

[4] E. A. Gilmore, A. B., LL. B., „Modern American Law"; Part I, Chapter V, p. 68

[5] Band II, S. 423

similar and the real difference between them may be said to be one of degree only".

„In general the principles governing the rights, duties, and liabilities growing out of the two relations are the same, and to determine whether a given relation is one of agency or one of service is of no consequence. This results from the fact that the law of principal and agent is an outgrowth and expansion of the law of master and servant."

Meist hat der agent eine selbständigere Stellung als der servant, so daß er auch substituieren darf. Im Falle Meyer Dairy Products Co. v. Gill[6] wurde diese Befugnis dem servant abgesprochen: die Beklagte hatte in ihrem Molkereibetriebe eine neuartige Erfindung in Verwendung, durch die die Milch aus dem Kühlbehälter in Flaschen gefüllt wurde. Die Apparatur arbeitete elektrisch und bestand aus rotierenden Rädern, die durch Treibriemen verbunden waren. Am fraglichen Tage fielen aus einem umkippenden Gehäuse dieser Apparatur mehrere Flaschen heraus. Um die Arbeit der Maschine nicht unterbrechen zu müssen, rief ein Arbeiter der Beklagten den Kläger herein, der das auf der Erde und in der Transmission liegende Glas aufhob, so daß der Arbeiter die Verladetätigkeit fortsetzen konnte. Er gestattete dem Kläger (einem neunjährigen Jungen), noch auf dem Grundstück zu bleiben. Dabei kam dieser in die Apparatur und wurde verletzt. Seine Ersatzklage gegen die Molkerei wird in 3. Instanz abgewiesen. Entweder müsse ein servant ausdrückliche Substitutionserlaubnis haben, oder es müsse gemäß 18 Ruling Case Law, 580, § 85 „an unforeseen contingency or emergency" eintreten, „rendering it necessary in the employer's interest that his employee have temporary assistance". Erst dann könne auch der Substitut die Haftung des master geltend machen. Ein solcher Notfall habe hier aber nicht vorgelegen.

Damit service oder agency vorliege, ist vor allen Dingen eine Gebundenheit des servant (agent) an die Kontrolle des master (principal) erforderlich. Dadurch scheiden sich diese beiden Rechtsverhältnisse vom Werkvertrage. Die Beauftragung eines Unternehmers (independent contractor) schließt keinerlei Ersatzpflichten für durch den Werkvertrag entstandenen Schaden in sich. Das zeigt der Fall Corbin v. American Mills[7], wo die beklagte Mühlengesellschaft die Offerte des Klägers angenommen hatte, in der er sich erbot, ihr eine Wasserwehr und einen Damm zu bauen. Bei dieser Arbeit wurde ein unbetei-

[6] Supreme Court of Ohio, Urteil vom 12. VI. 1935, Northeastern Reporter 196

[7] 27 Connecticut 274; „The American Decisions", vol. 71, S. 63—65

ligter Dritter geschädigt, den der Kläger ausgezahlt hat. Seine Regreßklage wurde abgewiesen, da er nicht „hired servant and agent of the defendant" sei. Die Beklagte habe keine Kontrolle über die Arbeiten gehabt, hätte auch gar keine Verbote erlassen können. „. . . servant and agent is acting at the time for and in the place of his master, in accordance with and representing his master's will, and not his own."

Insoweit können wir eine grundlegende Abweichung vom deutschen Recht nicht feststellen. Was die Ersatzpflicht selbst anlangt, so besteht zweifellos von gesetzgeberischer Seite eine dem Beauftragten freundlichere Auffassung. Grundsätzlich haftet der Auftraggeber; seine Haftung findet ihre Grenze im eigenen Verschulden des Beauftragten. Im deutschen und schweizerischen Recht begründet bei Schäden grundsätzlich erst ein Verschulden die Haftung des Auftraggebers. Die amerikanische Judikatur weicht dennoch im Ergebnis kaum davon ab; sie ist oft sogar — entsprechend der angloamerikanischen Wirtschaftsauffassung — härter gegen den sozial Abhängigen.

Im Grunde genommen erkennen die amerikanische Judikatur und Literatur die Unmöglichkeit, Schäden zu Aufwendungen in Gegensatz zu bringen. Man bringt es zwar nicht fertig, Schäden als Aufwendungen ersetzen zu lassen, läßt aber keinerlei unterschiedliche Behandlung zu. Wir haben oben (S. 26) einen typischen Grenzfall zwischen Schaden und Aufwendung dann als vorhanden angesehen, wenn der Beauftragte zum Vertragsschadenersatz an einen Dritten verurteilt wird.

Im Falle Powell et al. v. The Trustees of the Village of Newburgh[8] lag dem Gericht ein Sachverhalt zur Beurteilung vor, in dem es ohne die bei uns gehegten Bedenken den Ersatz zugesprochen hat: der Vorsteher einer Gemeinde drang mit einer Regreßklage gegen diese durch, da sie ihm die Nachteile aus der Klage eines Dritten abzunehmen habe:

In einem Vorprozeß hatte der damalige Kläger Gardener Ersatz verlangt, weil — einem Kontrakte zwischen ihm und dem Dorfe Newburgh zuwider — eine Straße von dem beklagten Dorfe nicht weitergeführt, sondern versperrt worden war. Dadurch hatte Gardener geschäftlichen Nachteil gehabt.

Das Gericht führt aus, der jetzige Kläger sei belangt worden wegen einer Handlung, die er als Beauftragter des Dorfes vornahm, „in the course of his agency, and pursuant to authority". Wenn aber jemand auf Grund eines Vertrages, den er in Ausführung des Auftrags abschloß, belangt wird, so besteht eine gesetzliche Pflicht des principal zur indemnity, auch wenn die

[8] 19 Johnson (New York) 284

Erstklage vielleicht unberechtigt war; „for this he can maintain an action of ‚indebitatus assumpsit'; and the proof of these facts will be sufficient to warrant the jury to find the promise."

Immer wenn von Schadenersatz die Rede ist, wird anschließend eingeschaltet, dasselbe gelte für outlays und expenses, wobei outlays die auf freiem Willen des Beauftragten beruhenden Ausgaben bedeuten (outlays m a d e), während expenses auch diejenigen Vermögensnachteile betreffen, die dem Beauftragten ohne oder gegen seinen Willen erwachsen (expenses i n c u r r e d).

Um Streit zu vermeiden, wird also nicht nur für eine „Aufwendung", die viele eng auszulegen gewillt sein würden, Ersatz zugesprochen, sondern ein Schaden wird dem gleichgestellt. Es findet sich auch gar kein Versuch zu erklären, was Aufwendung sei; vielmehr steht im Mittelpunkt die „contemplation of the parties", und demgemäß untersucht man, welchem Teil die Übernahme einer Gefahr (assumption of risk) zu unterstellen sei.

Der Court of Civil Appeals of Texas hat mit Urteil vom 7. Juni 1924[9] folgenden Fall entschieden:

Während eines großen Streiks der Eisenbahnarbeiter im Sommer 1922 bot die Beklagte dem Kläger Beschäftigung an mit der Maßgabe, er solle geschützt werden „against any and all attacks, injuries, and violences at the hands of strikers, strike sympathizers, and others who were not engaged in the employment with him". Auf diese Zusage hin nahm der Kläger die Offerte an. Um 3 Uhr morgens — es wurde durchgearbeitet — wurden auf ihn aus dem Wagen eines Passanten Schüsse abgegeben, die ihm Unterleib und linken Arm schwer verletzten. Den Schaden klagte er in beiden Instanzen erfolgreich gegen die Beklagte ein, da sie es am versprochenen Schutze habe fehlen lassen und damit ihrer Garantiepflicht nicht genügt habe. Der Garantievertrag sei zwar etwas bisher Unbekanntes, sei jedoch schon einmal (170 Pacific Reporter 346) anerkannt worden.

Das Urteil hält sich nicht mit der Frage nach dem Inhalt dieses contract for protection auf, ob nämlich die Beklagte sich lediglich Schutzvorkehrungen zu treffen verpflichtete, oder ob sie den Erfolg ihrer Maßnahmen garantierte. Vermutlich nimmt das Gericht das letztere an. Ohne das würden sich wohl auch die Arbeiter nicht bereitgefunden haben. Dann kommt es auch nach unserem Recht nicht auf Verschulden an.

[9] Pike v. Kansas, O. & G. Railroad-Co. of Texas, 264 Southwestern Reporter 593

Auch der Auftraggeber des Börsenmaklers hat nach der — soweit bekannt — völlig übereinstimmenden Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten mit Vertragsabschluß einmal „indemnity in respect to the execution", außerdem die Rückerstattung aller notwendig werdenden Auslagen versprochen.

Wie schon oben (E III, S. 64) betont, läßt sich dieser Grundsatz daraus erklären, daß der Makler seine Dienste zwar nicht aus Gefälligkeit leistet, daß er aber nur für seine Tätigkeit entgolten wird. So erklärt Cosack[10] an Hand des Kommissionsrechtes, der Kommissionär hafte nur dafür, daß er sich pflichtgemäß bemüht. Seine Provision erhöhe sich durch einen Zuschlag, sobald er eine weitergehende Haftung (besonders die Delkredere-Haftung) übernimmt.

Der Auftraggeber steckt ja auch den eventuellen Gewinn ein. So bestimmt § 387 I des deutschen Handelsgesetzbuches: „Schließt der Kommissionär zu vorteilhafteren Bedingungen ab, als sie ihm von dem Kommittenten gesetzt worden sind, so kommt dies dem Kommittenten zustatten."

Eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes der Vereinigten Staaten[11]: Kläger hatte im Auftrage des Beklagten Wolle an der Börse verkauft. Dabei hatte der Kläger (wohl durch Anziehen der Preise nach erfolgtem Verkauf, aber noch vor der Lieferung; vermutlich mußte er sich die Waren erst selbst zur Lieferung beschaffen) Auslagen machen müssen[12], die er mit Erfolg vom Beklagten fordert: „. . . the agent has the right to be reimbursed for all his advances, expenses and disbursements incurred in the course of the agency, made on account of or for the benefit of his principal, when such advances etc. are reasonable . . ." „The employment of a broker to sell property for future delivery implies not only an undertaking to indemnify the broker in respect to the execution of his agency, but also implies a promise on the part of the principal to repay or reimburse him for such losses or expenditures as may become necessary or result from the performance of the agency."

Ähnlich der Supreme Court of Pennsylvania im Falle Maitland v. Martin[13]: der beklagte Makler kaufte für den Kläger im Jahre 1872 fünf Südkarolina-Schuldverschreibungen, die mit Willen des Klägers bis 1875 im Besitz des Beklagten blieben. Auftragsgemäß schickte der Beklagte dann die Bonds seinem New Yorker Geschäftsfreunde, der sie verkaufte und einen

[10] „Lehrbuch des Handelsrechts", S. 270, VIII, S. 265, I, 2

[11] Bibb v. Allen, 13 Supreme Court Reporter 950

[12] Der Auftraggeber (Beklagte) hatte offensichtlich auf Baisse spekuliert.

[13] 86 Pennsylvania State Reports 120

Wechsel für den Erlös gab. Bevor noch der Beklagte das Geld weitergeleitet hatte, erhielt er aus New York die Nachricht, daß drei von den Bonds von der staatlich-karolinischen Gesetzgebung für wertlos erklärt worden seien. Der New Yorker Geschäftsfreund hatte für die wertlosen Bonds, die der Käufer natürlich zurückgewiesen hätte, andere eingekauft; den dafür aufgewendeten Betrag überwies ihm der Beklagte und bot dem Kläger die drei wertlosen Bonds plus den Erlös der beiden anderen an. Kläger weigerte sich und klagte auf den Erlös von fünf regulären Bonds.

Die Klage wurde abgewiesen. „If an agent in perfecting a sale for his principal acts strictly within the line of his duty, and in good faith, and without fault on his part in the management of the sale he incurs damages, they must be borne by the principal and not by the agent."

Da die Bonds zu einer Zeit, als der Kläger Eigentümer war, durch Erklärung des karolinischen Finanzministers entwertet worden seien, müsse der Schaden auch vom Kläger getragen werden. Auch wenn der Beklagte den Vertrag mit seinem Käufer (durch den New Yorker Geschäftsfreund als Kommissionär) erfüllte, habe er damit nicht den Schaden in seine Sphäre übernommen.

Beim entgeltlichen Arbeitsvertrag hingegen trägt der servant das übliche, mit der betreffenden Beschäftigung verbundene Risiko selbst. Ein arbeitsrechtlicher Fall, der dem Supreme Court of Missouri[14] vorlag:

Der Kläger war Arbeiter der Beklagten. Während er dabei half, eiserne Winkelstangen, die die Scharniere der Haupteisenbahnlinie in der Nähe von Amity verbanden, zu entfernen, flog ihm ein Stück Metall ins Auge, auf dem er das Sehvermögen verlor.

Der Kläger siegte in 1. Instanz, aber „the Supreme Court held that Emery (Kläger) had assumed the risk and the judgment was accordingly reversed". Der Kläger hatte behauptet, durch die Unachtsamkeit eines anderen Arbeiters[15] sei der Meißel zu schnell angesetzt und dadurch das Unglück hervorgerufen worden. „The Court said that it was incumbent upon Emery to prove that the glancing blow caused a particle of metal to enter his eye, as the evidence shows that the particles of iron

[14] Emery v. Chicago, R. I. & P. Railroad-Co; Urteil vom 18. XII. 1922; 246 Southwestern Reporter 335. „Decisions of Courts affecting Labor (1923/4), S. 52/3

[15] Auf die Theorie vom „common employment" wurde oben, S. 66 f., schon hingewiesen.

or rust flew always from the cutting end of the chisel. The injury was one of the risks incident to the employment, and therefore no recovery could be had, and as Emery had exposed himself to the hazard of being hit, he consented to assume the risk".

Ein eindeutiges Beispiel für Berufsschaden, den der Beschäftigte selbst tragen muß. Auch wenn der Schaden aus einem ausgesprochen gefährlichen Kontrakte[16] entspringt, läßt man ihn beim Betroffenen. Das zeigt ein Urteil des Supreme Court of South Carolina[17]:

Kell, als Zimmermann beim Beklagten angestellt, arbeitete mit beim Bau eines Hauses. Dabei mußten Balken hochgestützt und oben festgenagelt werden. Diese letztere Arbeit hatte Kell zu besorgen, der oben durch Vertäuungen festgehalten wurde. Als das große Gerüst, auf dem die Balken nach oben gezogen wurden, weiterrückte, löste sich ein Balken und fiel gegen die Vertäuung, in der Kell hing. Er fiel aus großer Höhe herab und starb an den Verletzungen.

Die Ersatzklage seiner Haushälterin wurde in 1. Instanz abgewiesen, die 2. Instanz verwies zurück mit dem Bemerken, es sei wichtig, ob Kell die Mangelhaftigkeit des Gerüstes kannte und dennoch weiterarbeitete, ob jeder Durchschnittsmensch die Gefahr erkannt und trotzdem weitergearbeitet hätte. Die Arbeit sei, wie der Unfall zeige, gefährlich. Aber nur, wenn der Beklagte sie voraussehen und durch entsprechende Maßnahmen verhindern konnte, sei er ersatzpflichtig. Seine Pflicht sei, darauf zu sehen, daß er genügend Leute beschäftige, um jeden einzelnen von ihnen zu bewahren „from being exposed to that class of risk which results from an inadequacy of the force available for the work in hand". Sei also der Schaden eingetreten, obwohl genügend für die Ausführungsarbeit benötigte Leute zur Verfügung standen, so treffe der Schaden den Beschäftigten selbst.

Die Unterscheidung danach, ob jeder Durchschnittsmensch die Gefahr voraussehen konnte, ist nichts anderes als eine Umschreibung der Vertragstypik des aus solcher Gefahr entspringenden Schadens. Grundsätzlich haftet hier der Unternehmer nur bei Verschulden[18].

---

[16] Vgl. „Corpus Juris" 39, 705: die mit der betr. Beschäftigung verbundenen Gefahren kennt der servant und trägt sie, auch wenn die Arbeit ist „of a peculiarly hazardous character"; vgl. auch Supreme Court of Montana, 210 Pacific Reporter 914

[17] Kell v. Rock Hill Fertilizer Co; 116 Southeastern Reporter 97. Urteil vom 26. II. 1923

[18] Vgl. Abdo v. Mullen, 44 Pacific Reporter (2 d) 102

So wurde im Falle Estep v. Price[19], den der Supreme Court of West Virginia mit Urteil vom 6. II. 1923 entschieden hat, der Schadenersatzanspruch abgelehnt:

Kläger war bei dem Beklagten als Arbeiter angestellt. Er sollte zwei anderen Arbeitern beim Fällen eines großen Baumes helfen; plötzlich glitt die Axt, mit der einer der Arbeiter in den Stamm hineinhieb, aus dem Handgriff und drang in den linken Handrücken des Klägers.

Seine Klage wurde in erster Instanz abgewiesen, die 2. Instanz hob zwar das Urteil auf, aber nur zur Feststellung eines ihrer Meinung nach doch möglichen Verschuldens des Beklagten. „An employer is not answerable for injury sustained by an employee, in the absence of some negligence on the part of the former." „The question of negligence . . . was for the jury to determine."

Neuerdings ist jedoch auch in einem entgeltlichen Vertrage der Arbeitgeber zum Ersatze vertragstypischen Schadens verurteilt worden. Jedoch läßt sich dieses Urteil wohl mit den Grundsätzen der Tierhalterhaftung erklären[20]: „Employer held liable for injuries to household servant who was bitten by employer's dog while servant was attempting to put medicine in animal's eye."

Bei der Durchführung des Grundsatzes — servant assumes the ordinary risks of his employment — gehen die amerikanischen Gerichte davon aus, daß der Arbeitnehmer nicht eine Stellung anzunehmen verpflichtet sei, bei der die zur Beurteilung stehenden Schäden „ordinary risks" sind. Da man „assumption" unterstellt, setzt man voraus, daß der Arbeitnehmer das Risiko freiwillig eingegangen ist. Das zeigt sich an zwei sonst gleichliegenden Fällen, bei denen sich das vom ersten abweichende zweite Urteil durch die unfreiwillige Eingehung des Risikos erklären läßt[21].

1. Urteil des Missouri Court of Appeals vom 2. IV. 1923[22]:

Kläger war als Zimmermannsgehilfe beim Beklagten angestellt. Er sollte bei einem Bau auf eine Leiter klettern. Diese Leiter benutzten alle Arbeiter. Als der Kläger hinkam, standen schon drei Männer mit Mörteltrogen darauf. Als der Kläger deshalb zögerte, die Leiter auch noch zu betreten, rief ihm

[19] 115 Southeastern Reporter 861

[20] Meyer v. Brandt, New York Suppl, vol. 279, 388 (Urteil vom 8. Mai 1935)

[21] Vielleicht haben auch die beiden Gerichte abweichende Grundsätze. Die Staaten sind ja in der Rechtsprechung voneinander unabhängig.

[22] Ryan v. Lea, 249 Southwestern Reporter 685; „Decisions of Courts affecting Labor" (1923/4), S. 117/8

der Vormann zu, es sei keine Zeit zu verlieren. Als der Kläger auf halber Höhe war, blieb der vor ihm aufwärtssteigende Mann mit seinem Trog an einer Sprosse hängen. Aus dem Mörteltrog fielen dem Kläger mehrere Ziegelsteine auf den Kopf.

Ein Anspruch gegen den Arbeitgeber wurde in allen Instanzen abgewiesen, da nur der fellow servant[23] (der Arbeiter, dessen Trog hängen geblieben war) fahrlässig gewesen sei. „The master is not an insurer of the safety of the servant . . . plaintiff knew that the hod carrier was above him and still on the ladder, and if there was any likelihood of bricks being allowed to fall, plaintiff was as well aware of that as the foreman. The latter had no reason to anticipate this would happen. But if the plaintiff knew the danger, and knowing it, preferred to obey merely from a desire not to incur from the foreman's displeasure, he assumes the risk."[24]

2. Urteil des U.S. Circuit Court of Appeals, 2nd Circuit, vom 26. März 1923[25]:

Ein Matrose der Handelsmarine war in Ausführung eines Befehls von der Leiter gefallen und klagte den Schaden erfolgreich ein. Das Gericht führt aus, der Klage sei bereits stattzugeben, weil die Leiter schadhaft war, außerdem ergebe sich die Pflicht des Beklagten auch daraus, daß der Matrose nicht freiwillig gehandelt habe. „. . . the act of the servant in assuming the risk must have been voluntary and not under constraint . . .; in considering whether, then, plaintiff voluntarily assumed the risk we may consider the nature of his employment. This man was a seaman, and was injured while obeying an order given him by an officer of his ship, and which directed him to climb the ladder. It is the duty of seamen to remain with the ship and to act in obedience to the commands of the master. Disobedience of orders by a seaman may involve him in serious consequences, and subject him to possible forfeiture of the wages previously earned and to imprisonment by the master. We do not think that under the circumstances the defendant can be heard to say that the plaintiff ought not to have obeyed the order, or that in obeying it he voluntarily assumed the risk."

Die nordamerikanischen Gerichte wenden die Grundsätze des mitwirkenden Verschuldens ohne Bedenken auch dort an, wo

[23] Siehe oben, E III, S. 66 und E IV, S. 73, Anm. 15

[24] Vgl. außerdem Worlds v. Georgia R. Co., Georgia Reports 283; Southern Kansas R. Co. v. Moore, 49 Kansas Supreme Court 616; Leary v. Boston etc. R. Co., 139 Massachusetts Rep. 580

[25] 289 Federal Reporter 964; „Decisions of Courts affecting Labor" (1923/4), S. 43/6

wir, weil Aufwandsersatz in Frage steht, die Bestimmungen aus dem Schadenersatzrechte, besonders § 254 BGB (s. darüber unten, F III, S. 87 ff.), heranzuziehen Zweifel haben.

Im Falle Larson v. Kieburtz[26] hat der Supreme Court of Washington am 7. XII. 1912 eine Klage abgewiesen, weil die Handlung des Klägers, bei der er den Schaden erlitt, für die Erfüllung seiner Aufgabe überflüssig und der Schaden auf eigenes Verschulden zurückzuführen war.

Kläger hatte als Angestellter des Beklagten Walzwerk, Scheibenräder und Weichen zu ölen. Als er seine Linie auftragsgemäß abgegangen war, fuhr er zum Maschinenbauerhaus zurück in einem Wagen, der, wie er wußte, nicht für die Beförderung von Menschen bestimmt war und vor dessen Benutzung er bereits zweimal gewarnt worden war. Auf dieser Fahrt wurde der Kläger verletzt. Die Klage wurde erst in 2. Instanz abgewiesen. „If the respondent chose to get upon this car, it was his voluntary fact, for his own convenience, and not in the discharge of any duty imposed upon him by the appellants."

Ist auch diese Anschauung — was nicht der Erfüllung des Vertrages dient, verpflichtet den Partner nicht — zu billigen, so führt sie in der amerikanischen Rechtsprechung dort zu unbilligem Ergebnis, wo wir die Grundsätze der negotiorum gestio anzuwenden gewöhnt sind. Wenn die Handlungsweise des Klägers den Erfordernissen des § 677 BGB entspricht, kommt es nicht darauf an, ob der Kläger eigenmächtig oder im Auftrage handelt. Auch wenn er aus eigenem Antriebe eingreift, übernimmt er nicht notwendig die Gefahr.

Im Falle Delano Mill Co. v. Osgood[27] würden wir sicher anders urteilen:

„An employé in a wood working mill held not to have been within the scope of his employment in taking a fire extinguisher and climbing a ladder to another room in which there was a fire, but to have acted as a volunteer and defendant owed him no duty."

Es liegt nach unserer Anschauung ein für diese Geschäftsführung ohne Auftrag typischer Schaden vor, den, gerade weil der Kläger nicht mehr „within the scope of his employment" war, die Mühlengesellschaft tragen muß. Bei unentgeltlicher Geschäftsbesorgung läßt die amerikanische Rechtsprechung ja auch jeden vertragstypischen Nachteil ersetzen. Das zeigen die folgenden drei Fälle:

[26] 128 Pacific Reporter 216; „Decisions of Courts and Opinions affecting Labor" (1913), S. 238

[27] 159 Circuit Court of Appeals 3

1. Fall Ramsay v. Gardner[28]: der Beklagte fragte den Kläger, wie er am besten eine Forderung in Schottland zu Geld mache. Der Kläger riet, einen Wechsel auszustellen zu seinen, des Klägers, Gunsten. Das tat der Beklagte. Der Kläger indossierte und begab den Wechsel, aber er wurde protestiert, so daß der Kläger dem Indossatar Schaden- und Prozeßkosten zahlen mußte.

Seiner Regreßklage wurde stattgegeben, da er ohne eigenes Interesse als Beauftragter gehandelt habe. Er habe sich durch die Indossierung selbst verhaftet, lediglich zugunsten des Beklagten. Gegen die Inanspruchnahme aus solcher Haftung den Beauftragten nicht zu sichern, „would be most unreasonable and unjust".

2. Fall Busch v. Bientzle[29]: in Gegenwart des beklagten Arbeitgebers hatte ein Arbeiter den Kläger, einen Arbeitslosen, aufgefordert, mit ihm auf einen Trecker zu steigen und ihm dann beim Abladen zu helfen. Dafür bekam der Kläger eine Schachtel Zigaretten. Bei der Arbeit verunglückte er. Seiner Ersatzklage wurde stattgegeben, da er den Arbeiter des Beklagten unterstützen wollte „in his work without definite compensation paid for such services other than gratuity or tip in the sum of 25 or 50 cents, or package of cigarettes, helper . . . could maintain action for personal injuries".

3. Fall Watson v. Watson[30]: auf Bitten des Beklagten half der Kläger ihm beim Starten seines Autos. Während der Kläger von der rechten Seite, zwei andere links und hinten, schoben, sprang der Motor plötzlich an. Der Kläger verlor das Gleichgewicht durch den Stoß, fiel auf die Straße und mußte lange in ärztlicher Behandlung bleiben.

Zwar habe der Beklagte keinerlei Anweisungen gegeben, wie sich der Kläger stellen solle, und das plötzliche Anspringen des Motors sei darauf zurückzuführen, daß der Beklagte auf den Gashebel trat, aber ein Verschulden treffe ihn deshalb noch nicht. „Where plaintiff, at defendant's request, assisted in starting defendant's stalled automobile, plaintiff became servant of defendant as regards defendant's liability for injuries sustained by plaintiff."

Der Klage wurde mit Recht stattgegeben, weil der Kläger aus Gefälligkeit handelte.

---

[28] 11 Johnson, New York, V, 439

[29] 181 Atlantic Reporter 520

[30] Current Digest, covering the State and Federal Courts (1935), „Master and Servant", III, A, 88; 163 Southern Reporter 476

Wenn auch immer wieder versucht wird, die Ersatzpflicht auf promise zu stützen, so gehen die Entscheidungen doch lediglich von Sinn und Zweck des Vertrages aus. „. . ., in den wechselnden Formulierungen, die doch immer um die contemplation of the parties kreisen, läßt sich der systematisch zureichende Grund der Schadenersatzablehnung leichter entdecken als in den bisher in Europa herrschenden gelehrten Theorien.

Daß die übliche Formel von der contemplation of the parties der wissenschaftlichen Berichtigung bedarf, ist erkannt. Die Verfasser des Restatement of the Law of Contracts 1932 (I., p. 510) leiten das Erfordernis, daß der Schadenersatz voraussehbar sein muß, nicht mehr von einem Vorausbedenken . . . oder einem stillschweigenden Versprechen der Vergütung . . . ab, sondern aus der Auslegung des Vertrages. Mit Recht. Es ist der Vertrag im Rahmen der Umstände seines Abschlusses und auf dem Hintergrunde der Rechtsordnung, damit auch der guten Treue und der Verkehrssitte, der die Parteipflichten regelt. Die ‚Auslegung' ist übrigens auch nur in dem modernen Sinne zuständig, in dem sie eine Ergänzung des Vertrages in sich schließt."[31]

F. Schlußkapitel.

I. Der Ersatz außergewöhnlicher Nachteile, an Hand einiger Fälle aus der angloamerikanischen Rechtsprechung.

Es wurde schon oben, S. 32 ff., auf eine Gruppe von Schäden hingewiesen, die zwar — durch den Auftrag verursacht — dem Vertrage eignen, aber nur infolge einer außergewöhnlichen Verkettung von Umständen herbeigeführt sind.

Die Gruppe hat deshalb eine besondere Bedeutung für unser Problem, weil eine Zubilligung des Ersatzes solcher Nachteile vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus unmöglich ist; sie fordert für den Aufwendungsersatz, daß der Beauftragte wenigstens die Gefahr erkannt hat und sie bewußt eingegangen ist. Davon kann bei einem Schaden keine Rede sein, den man überhaupt nicht erwartet.

Im Falle des Schiffes „James Seddon" kann der Admiralty Court die Ersatzpflicht bereits mit einer Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen begründen. Die Aufwendung tritt in einem schon vorher feststehenden geringen Umfange ein,

[31] Rabel, „Das Recht des Warenkaufs" I, S. 495

während der Gefährdung eines hohen Wertes begegnet werden soll. Der Sachverhalt ist folgender[1]:

Das Schiff lag in Bombay. Der master entlohnte zwei Mann der Besatzung nicht, sondern ließ sie wegen ungehörigen Betragens einsperren; sie schworen ihm Rache. Als er sie in Cocconato entlohnte, klagten sie ihn dort wegen Mordes an: er habe vorsätzlich den Tod eines Mannes veranlaßt, der bei seiner Arbeit an einer Außenwand des Schiffes vom Gerüst gefallen und ertrunken war. Der master wurde freigesprochen, vom Gericht aber bei Strafe von 10 Pfund verpflichtet, die beiden Leute wegen Meineids zu verklagen. Da das Schiff bereits seine segelfertige Ladung hatte und seine Leute den master zur Abfahrt drängten, ließ er die gerichtliche Verpflichtung von 10 Pfund verfallen.

Der Richter Lushington begründet zunächst das der Klage des master gegen den Schiffseigentümer stattgebende Urteil, indem er ausführt, auch diese Aufwendungen hätten zum Amte des Klägers gehört, denn aus seiner Aufgabe, ungehorsame Leute zu bestrafen, sei die Anzeige, dann der Prozeß und die Verpflichtung zur Hinterlegung von 10 Pfund erwachsen. Hätte er sich nicht verteidigt, so hätte er sich, seinen Reeder und England bloßgestellt. Ohne seine Verteidigung wäre der master eingesperrt worden. Wer könne wissen, was dann aus dem Schiff geworden wäre! Er habe die 10 Pfund verfallen lassen, um eine Ladung von 100 000 Pfund nicht — vielleicht viele Wochen — liegen lassen zu müssen. „It is really making a mole-hill into a mountain to say there was any violation of the laws of the country which by possibility could have stood between him and the interests of his owners, and more especially the interests of the owners supported as they were by the agence of those very owners. What has become of it all? The penalty is paid instead of the duty of prosecuting being fulfilled. . . . it is not merely the judgment of the registrar on which I rely, but here are merchants of great skill and practical knowledge who well know the interests of shipowners in this country, and who have given their fiat of approbation to these expenses."

Für uns wäre es von Interesse zu erfahren, wie das Gericht entschieden und begründet haben würde, wenn den Kapitän nicht seine untadelige Erwägung zu dieser Ausgabe veranlaßt hätte, sondern wenn ihm dieser Schaden z. B., wie im nächsten Falle, durch eine ungerechte Verurteilung erwachsen wäre, an der er auch bei größtem Zeitaufwand nichts hätte ändern

[1] 15 L. T. Rep. 636/7

können. Daß ein solcher Nachteil nicht mehr als „ordinary risk" eines Kapitäns anzusehen ist, steht wohl außer Frage.

Wir sehen aus dem vorliegenden Fall zwar, daß das Gericht geneigt ist, der Lockerung des Kausalzusammenhanges keine Bedeutung beizumessen, aber die Begründung stützt sich in erster Linie auf die sich gegenüberstehenden Interessen (lieber 10 Pfund verfallen als 100 000 Pfund in Gefahr kommen lassen).

Ganz klar zeigt der Fall D'Arcy v. Lyle[2] das Bestreben, außergewöhnlichen Schaden für ersetzbar zu erklären.

Der Supreme Court of Pennsylvania (U.S.A.) hatte im Jahre 1813 folgenden Tatbestand zu beurteilen:

Der Kläger ging mit Anwaltsvollmacht als Beauftragter des Beklagten nach Cape Francois, um dort von der Firma Suckley & Co., ehemaliger Agentin des Beklagten, sämtliche unverkaufte Ware einzutreiben und die Forderungen auf den Erlös geltend zu machen. Auf der Reise warf der Kläger seine Papiere, darunter die Anwaltsvollmacht, notgedrungen über Bord, weil sein Schiff von einem französischen Kaperer verfolgt wurde. Er machte davon Suckley & Co. Mitteilung, die sich bereit erklärten, ihm die Waren trotzdem zu übergeben. Bevor noch die Übergabe vollendet war, ließ ein gewisser R die restlichen Waren für einen X beschlagnahmen. Nun reichte der Kläger im Namen des Beklagten (seines Auftraggebers) Klage ein. Das Urteil lautete: Kläger erhält die Waren, wenn er sich zur Zahlung von 2089 Dollars verpflichtet, falls er binnen vier Monaten keine authentische Vollmacht seines Auftraggebers beibringt. Kann der Kläger dies nicht, so hat er die genannte Summe als Katalogwert der Waren an R zu zahlen.

Der Kläger nahm das Urteil an; bald wies er die verlangte Urkunde vor, worauf seine Verpflichtung für erloschen erklärt wurde. Er verkaufte nun die Waren und schickte dem Beklagten den Erlös (2509 Dollars). Bald darauf brach er wegen einiger Zwistigkeiten die Beziehungen zum Beklagten ab. Der Kläger selbst blieb in Cape Francois, wo im Laufe der nächsten zwei Jahre die Regierungsgewalt wechselte. Es kam ein Freund des R zur Macht, worauf R eine neue Klage auf jenen Betrag von 2089 Dollars gegen den Kläger anstrengte. Beide Instanzen wiesen die Klage ab. R legte Revision beim Präsidenten, seinem Freunde, ein, der den Anwalt des Klägers einsperren ließ und entschied, ein Zweikampf solle das Urteil fällen. Selbst der Einspruch des Kommandanten eines zufällig im Hafen liegenden britischen Kriegsschiffes blieb fruchtlos.

[2] „Reports of Cases adjudged in the Supreme Court of Pennsylvania", by Horace Binney, vol. V, p. 441—455

Der erste Zweikampf blieb unentschieden. Die Freunde des Klägers rieten ihm zur Flucht, da der Präsident einen zweiten Gang bestimmt hatte, dem er selbst beiwohnen wollte. Die Flucht mißlang, worauf der Kläger seine Verteidigung zurückzog und sich verurteilen ließ, um sein Leben zu retten. Er zahlte das Geld an R und verlangt nun vom Beklagten als seinem Auftraggeber Regreß.

Der Klage wurde stattgegeben. Ein Verschulden des Klägers habe nicht vorgelegen, da er sich bis zum letzten gewehrt habe. „The jury must decide whether the loss arose from his private engagement, or from his having received the goods as agent of the defendant. If they were satisfied that the money was extorted from the plaintiff as the defendant's agent, he might recover under the count for money paid to the defendant's use. A loss of money incurred by the agent without fault, ought to be compensated by the principal."

Zwei Richter sprechen sich für die Klage aus, einer dagegen.

1. Tilghman, C. J.: „. . . we must now take for granted that the proceedings at the Cape against the plaintiff, were in consequence of his having received possession of the defendant's goods, from Suckley & Co." Der Einwand, der Kläger sei längst nicht mehr Beauftragter des Beklagten gewesen, gehe fehl, „if the judgment was but the consumation of the proceedings which were commenced during the agency." Ebenso schlage der Einwand nicht durch, daß man nie sicher sei, plötzlich für Gelder haftbar gemacht zu werden, die der Beauftragte auf Grund von Drohungen irgendwelcher prinziploser Tyrannen habe zahlen müssen. Würde der Kläger weit mehr haben zahlen müssen, als an Ware des Beklagten in seinen Händen war, so läge die Sache anders; so wenn er auf der Reise seines eigenen Geldes beraubt worden wäre. Dann wäre ein Ersatzanspruch abzulehnen, denn „the carrying of his own money was not necessarily connected with the business of his principal".

2. Yeates, J.: . . . where a factor has acted . . . within . . . authority, he is entitled to protection from his constituent, and compensation for compulsory payments exacted against him under the form of law, for the transactions of his agency." Der Beklagte habe den Kläger zu seinem Anwalt gemacht mit der Aufgabe, eine Schuld in einem unzivilisierten Lande einzutreiben. Kläger habe sorgfältigst gehandelt und sein Leben für die Interessen des Beklagten eingesetzt. „He has since been compelled by a mockery of justice, to pay his own monies for acts lawfully done in the faithful discharge of his duties as an agent; and I have no difficulty in saying, that of two in-

nocent persons, the principal and not the agent should sustain the loss."

3. Brackenridge, J. (für Abweisung der Klage): der Kläger sei nach Erledigung des Auftrags im Lande geblieben; und das sei der Anlaß des ihm angetanen Unrechts gewesen. Es sei persönliches Pech des Klägers, daß er nun in Lebensgefahr geriet. Er müsse sich lediglich an den halten, der das Unrecht tat. Der Auftrag sei nur occasion, nicht aber cause of his loss. Zur Errettung seines Lebens habe der Kläger den Verlust erlitten.

Brackenridge wendet ein, was immer gegen den Ersatz außergewöhnlicher Nachteile eingewandt werden wird, daß die Kausalität fehle (occasion, nicht cause of his loss): das weitere Verbleiben im Lande sei Anlaß des Schadens gewesen.

Aber die Kausalität läßt sich nicht leugnen, denn die „conditio sine qua non" ist vorhanden. Daraus allein jedoch rechtfertigt sich freilich der Ersatz noch nicht, erstens weil auch der vertragsfremde Schaden aus Alltagsgefahr nicht ersetzt wird — z. B. der Freund, den ich zum Briefkasten schicke, würde den dabei erlittenen Verkehrsunfall sonst nicht gehabt haben, weil er fest vorhatte, um die fragliche Zeit zu Haus zu bleiben —, und zweitens, weil im Schadenersatzrecht, obgleich mit wechselnden Begründungen und Formulierungen, Ausnahmen für außerordentliche Schadensverknüpfungen gemacht werden. Der Schaden ist hier sicher nicht „adäquat". Der Ersatz wird aber gegeben, und der Grund ist offenbar dieser:

Während beim entgeltlichen Vertrage der Beschäftigte gerade all den Schaden, den die Parteien voraussehen konnten, „the ordinary risks of his employment", selbst tragen muß, findet diese Belastung da ihre Grenze, wo von einer Voraussehbarkeit nicht mehr gesprochen werden kann. Es bestätigt die anglo-amerikanische Begründung (s. oben S. 34) für die Ablehnung eines Ersatzes vertragstypischer Berufsschäden, wenn auch dem entgeltlich Beschäftigten unvorhersehbarer vertragseigener Nachteil vergütet wird, denn solche Minderung gehört nicht zu den „ordinary conditions under which the employment is conducted", auch wenn der Beschäftigte „reasonable caution to avoid dangers" walten läßt.

Die damit gewonnene Erkenntnis steht auf dem nicht allzu festen Fundament einiger Entscheidungen, und man muß sich besonders bei der Betrachtung des letztberichteten Falles vor Augen halten, daß allgemeine Billigkeitserwägungen bei der Urteilsfindung mitgesprochen haben werden: der Beauftragte

hatte seinerzeit das für die Beklagte eingetriebene Geld pflichtgetreu abgeliefert und mußte nun die gleiche Summe an seinen damals unterlegenen Gegner auf Grund einer Justizvergewaltigung zahlen. Es mag in erster Linie Mitleid mit dem unschuldig Betroffenen und Anerkennung seines mannhaften Widerstandes gewesen sein, was den Richter Yeates zu der Begründung veranlaßte: „. . . I have no difficulty in saying, that of two innocent persons, the principal and not the agent should sustain the loss." Denn grundsätzlich trägt von zwei schuldlosen Personen der Betroffene den Schaden selbst.

Bei der gelockerten Kausalbeziehung zwischen Auftrag und daraus entspringendem außergewöhnlichen Schaden kann es nicht verwundern, daß im Falle Halbronn v. International Horse Agency and Exchange Ltd.[3] das (englische) Gericht die Ersatzklage abweist.

Die Beklagten hatten im Jahre 1898 den klagenden Pariser Auktionator beauftragt, eine Vollblutstute namens Pentecost zur Versteigerung zu bringen. Im Jahre 1893 hatte der Kläger eine andere nach Frankreich importierte Stute gleichen Namens verkauft. Als nun die Stute der Beklagten zum Verkaufe angekündigt wurde, klagte der Eigner des 1893 verkauften Tieres gegen den Auktionator erfolgreich vor den französischen Gerichten, weil er dadurch Schaden erlitten habe, daß eine zweite Vollblutstute unter dem Namen „Pentecost" im Zuchtbuche eingetragen wurde. Die Regreßforderung des Klägers wurde abgewiesen, da die Beklagten (so der Richter Scott) nichts Unrechtes getan hätten. Scott meint also, nur ein Verschulden reiche aus, um den Schaden auf die Beklagten abzuwälzen.

Der Schaden beruhe auf einem Irrtum über die Identität der zweiten Stute, fährt Scott fort, und der zweite Richter erklärt die Tatsache der Beauftragung nicht für ausreichend, um einen Anspruch gegen jede „claim arising out of the plaintiff's conduct as auctioneer" zu rechtfertigen. Nicht durch seine Stellung als Auktionator, sondern durch einen Irrtum des Gerichts sei der Schaden des Klägers entstanden.

Aus dem Sachverhalt geht nicht recht hervor, wie eine Verurteilung des Klägers durch die französischen Gerichte möglich war. Der Court of Appeals nimmt ein Fehlurteil an. Der Kläger wird also nicht durch seine Schuld den Vorprozeß in Frankreich verloren haben. Die Richter vermissen offenbar die Kausalität (zu Unrecht). Das Urteil tritt dadurch in einen Gegensatz zu den vorigen Entscheidungen, in denen außergewöhnliche aus der Ausführung des Auftrags entspringende

[3] 88 L. T. Rep. 232

Nachteile für ersetzbar erklärt wurden. Auch in England versteht sich diese Entscheidung nicht von selbst.

Im Falle Williams v. Lister and Co.[4] ist denn auch dieses Urteil ausdrücklich gerügt worden.

Die Beklagte überließ dem A einige Möbel mit der Abrede, sie behalte das Recht, die Sachen wieder an sich zu nehmen, wenn A seine Verpflichtungen nicht erfülle. Dieser Fall trat ein, woraufhin die Beklagte den klagenden Auktionator anwies, die in der getroffenen Abrede enthaltenen Sachen mit Beschlag zu belegen. Der Kläger tat dies. A belangte ihn wegen unberechtigter Beschlagnahme. Der Kläger erklärte, daß er nur für die Beklagte gehandelt habe, worauf dieser die Klageschrift zugestellt und sie als Drittpartei zugelassen wurde. Später zog A seine Klage zurück und gab die Berechtigung der vom Kläger vorgenommenen Beschlagnahme zu. Da dem A vom Gericht nur die Klagekosten auferlegt wurden, machte der Kläger seine weiteren Unkosten, insbesondere das Anwaltshonorar, gegen die Beklagte geltend und obsiegte in der Berufungsinstanz.

Der Richter Buckley erklärt das Prinzip der indemnity für anwendbar. Der Kläger habe im Rahmen des Auftrags gehandelt, als er den Prozeß führte. „The case of Halbronn v. International Horse Agency and Exchange Ltd. is cited as a denial of that right. I must say that I do not understand that decision, but, if it contains anything inconsistent with the present judgments, I am clearly of the opinion that it is wrong."

Die Begründung, die auch der Richter Vaughan gibt, daß den Kläger der Schaden getroffen habe „in the course of carrying out his duty as agent", also im Kausalzusammenhang mit der Ausführung des Auftrags, paßte auch auf den vorigen Fall; die Entscheidung ist wirklich gegenteilig.

II. Sind die Bestimmungen über Dienstvertrag und Auftrag analog aufeinander anzuwenden?

1. Bei der Beurteilung von Dienstleistungen, die der entgeltlich Beschäftigte auf Verlangen des Dienstgebers über den Rahmen seiner Pflichten hinaus erbringt, ist Ersatz wie beim Auftrage zu geben. Unsere Auffassung ist nämlich, daß man in solchen Fällen den Beschäftigten nicht schlechter stellen soll, als wenn er Beauftragter wäre. Wenn die von ihm verlangte Leistung nicht zu seinen Vertragspflichten gehört, so hat man, um zu der Ersatzpflicht zu gelangen, etwas grob konstruiert, der

[4] 109 L. T. Rep. 699

Dienstvertrag habe damit gar nichts zu tun, es könne also nur ein besonderer, selbständiger Auftrag vorliegen, der durch die Anordnung des Dienstgebers und deren Befolgung durch den Dienstnehmer zustande gekommen ist. Diese Ansicht hat, wie wir sahen[1], sowohl in der deutschen wie in der schweizerischen Rechtsprechung Bestätigung gefunden. Auch in der Literatur begegnet sie[2].

Man wird von der Lehre auszugehen haben, daß der Dienstverpflichtete eine Nebenpflicht eingegangen ist, die der Hauptvertrag in sich aufnimmt. Um an einen der Fälle aus der schweizerischen Rechtsprechung anzuknüpfen: während der Melker zur Viehwartung kraft Dienstvertrags verpflichtet ist, stellt die Hilfe bei der Verfolgung von Holzdieben eine auftragsähnliche Leistung dar, aber sie geschieht nicht kraft gesonderten, vom Hauptvertrag unabhängigen Auftrages, sondern in Erfüllung einer freiwillig eingegangenen Nebenpflicht. Das ist von Bedeutung, weil der Beschäftigte den Arbeitgeber eventuell wegen Verletzung seiner Fürsorgepflicht in Anspruch nehmen kann. Da für den Hauptvertrag eine ausdrückliche Schutzbestimmung wie die des § 618 BGB besteht, wird man diese nicht von der Hand weisen, wenn demjenigen, der aus Gefälligkeit handelt, eine Stütze gegeben werden soll.

2. Im übrigen ist, zum mindesten im deutschen Recht, Analogie nicht angebracht.

Im Gegensatz zu dieser Ansicht, die sich auf eine dem Dienstvertrag eingefügte auftragsähnliche Nebenpflicht beschränkt, wenn die Bestimmungen des Dienstvertrages sowohl wie des Auftrages Anwendung finden sollen, scheint uns die von Ehrenzweig[3] dargelegte Lehre zu weit zu gehen. Danach soll § 1014 des öst. ABGB auf alle Verträge, die zu Dienstleistungen tatsächlicher Art verpflichten, analog angewandt werden. Hier tauche der moderne Haftpflichtgedanke auf, dessen Inhalt über den Bevollmächtigungsvertrag hinausreiche.

Die Gerichte haben jedoch eine analoge Anwendung der Bestimmungen des Dienstvertrages und des Auftrages aufein-

---

[1] So das OLG Köln, oben S. 43, Anm. 19; ähnlich das Schweizer Bundesgericht, oben S. 57/8

[2] Planiol, „Droit civil" II, 2249, Note 1; nach v. Schey I, 3 hängt der Ersatzanspruch des im Dienste Beschädigten an der feinen Frage, ob der Auftrag, bei dessen Ausführung er verunglückte, unter den Gesetzesbegriff des § 1002 oder des § 1151 fällt.

[3] Ehrenzweig II, 1 § 383 III, S. 561

ander abgelehnt[4], soweit die beiden Rechtsverhältnisse sich in Bezug auf bedeutsame Rechtsfolgen überhaupt unterscheiden[5].

Für das deutsche Recht muß man eine derartige allgemeine Haftungserweiterung ablehnen, weil der Auftrag begrifflich nur unentgeltliche Geschäftsbesorgungen zum Gegenstande hat. Ehrenzweig geht vom österreichischen Rechte aus, wo das nicht notwendig der Fall ist (s. § 1004 des öst. ABGB).

Sind wir also zu dem Schlusse gekommen, daß der Beauftragte im allgemeinen vertragsbedingte Nachteile auf den Auftraggeber abwälzen kann, weil sie Aufwendungen in einem weiteren Sinne sind, so sprach dafür in erster Linie die Tatsache, daß solch Opfer dem Auftraggeber zugute kommt, indem das Risiko in seinem Interesse eingegangen wurde. Diese Voraussetzung ist wesentlich.

Umgekehrt darf man dem Auftraggeber nicht eine Fürsorgepflicht, analog § 618, auferlegen. Es gelten nur die allgemeinen Grundsätze[6]. Aus Treu und Glauben erwachsen dem Schuldner besondere Nebenpflichten zur Anzeige oder Mitteilung einer für den Gläubiger wichtigen Tatsache oder zur Erhaltung der Rechtsgüter des Gläubigers, aus deren Nichterfüllung sich — abgesehen von Schadenersatzansprüchen — u. U. auch eine Rechtsverwirkung ergeben kann. Bei Verträgen muß sogar jeder Teil dem ihm bekannten Interesse des anderen Rechnung tragen und sein Verhalten so einrichten, daß eine Benachteiligung des anderen tunlichst vermieden wird, widrigenfalls er bei fahrlässiger Verletzung dieser Vertragspflicht ersatzpflichtig wird.

Oser[7] erklärt mit Recht, zum Verschulden sei dem Auftraggeber schon anzurechnen die Unterlassung des Hinweises an den Beauftragten auf die ihm, aber nicht diesem, bekannten mit der Dienstleistung verbundenen Gefahren.

III. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen über Schadenersatz auf den Anspruch aus § 670.

Gingen wir in unserer Stellungnahme grundlegend davon aus, daß es Übergänge zwischen Aufwendungs- und Schadensbereich gibt, und stellten wir die Forderung auf, eine allzu scharfe Trennung fallen zu lassen, so daß auch Schäden nach den Grundsätzen, die das Gesetz über Aufwendungen gegeben hat,

[4] Oben, D, S. 36; E I, S. 50

[5] Z. B. nicht im amerikanischen Recht; vgl. oben, E IV, S. 68 f.

[6] Vgl. Enneccerus-Lehmann, Schuldverh., § 4, S. 17

[7] „Das Obligationenrecht", Band 5 des Kommentars zum schweizerischen Zivilgesetzbuch.

ersetzt werden können, so bedarf es dazu einer ergänzenden Erklärung: solche Nachteile bleiben natürlich Schäden und sollen dieser Eigenschaft nicht entkleidet werden. Wir nannten sie (oben, D, S. 40) „Schadensaufwendungen", um anzudeuten, daß es sich bei solcher Minderung sowohl um Aufwendung wie um Schaden handelt; die beiden Begriffe unterscheiden sich, schließen sich aber nicht aus. Aus dieser Verquickung ergibt sich die Folgerung, daß auch die Bestimmungen über Schadenersatz ergänzend eingreifen. Insbesondere gilt das von § 254 BGB, der, wie Staudinger[1] treffend bemerkt, letzten Endes nichts anderes ist als die Anwendung des § 242 auf das Schadenersatzrecht. § 242 müsse daher bei allen anderen Verschuldensfolgen zu einem entsprechenden Ergebnis führen[2]. In ihm haben, so das RG[3], allgemeingültige Rechtsgedanken Ausdruck gefunden.

IV. Betrachtung zum Ergebnis.

Man mag den Verlust der „reinlichen Scheidung" von Aufwendung und Schaden vom Standpunkt der Bequemlichkeit der Rechtsanwendung aus bedauern. Sicher ist es für die Praxis angenehmer zu prüfen, ob der Nachteil mit oder ohne (gegen) den Willen des Beauftragten eintrat, um lediglich daran die Rechtsfolgen zu knüpfen, als den vorliegenden Schaden einer Gruppe einordnen und dabei noch die oft gewiß nicht leicht zu ermittelnde Interessenlage berücksichtigen zu müssen.

Aber wir sahen ja, daß die Vertreter der zunächst so einleuchtend und selbstverständlich erscheinenden herrschenden Lehre auch nicht ganz einfache Differenzierungen vornehmen mußten. Die Lösung des Problems ist zu generell angestrebt worden. Auch wenn in der Freiwilligkeit, in der die einzelne Aufwendung tatsächlich erbracht wird, das passende Unterscheidungsmerkmal zu finden wäre, mußte ein Teil der unfreiwilligen Minderungen dem Auftraggeber aufgebürdet werden. Es wäre dann eine besondere Bestimmung über den Ersatz von Schäden (vgl. § 1014 des öst. ABGB) notwendig, wie sie das HGB in § 110 aufgenommen hat.

Wir mußten erkennen, daß die auf gemeinrechtlicher Doktrin aufbauende Trennung von Aufwendungen und Schäden in den römischen Quellen, soweit sie von den z. T. sehr späten nachklassischen Einfügungen befreit sind, keine Stütze findet. Ihre allzu schroffe Fassung hat sich auch im modernen Recht nicht bewährt.

[1] Kommentar zum BGB II (Schuldverh.), 1. Teil, § 254, 1a; 9. Auflage
[2] Vgl. oben, E IV, S. 76 f.
[3] JW 1909, 414

Lebenslauf.

Ich, Hans Licht, evangelischer Konfession, wurde am 29. November 1913 in Magdeburg geboren als Sohn des Kaufmanns Dr. iur. Friedrich Licht und seiner Frau Else, geb. Fließ. Von Ostern 1920 bis Ostern 1923 besuchte ich das Elisabeth Rosenthal-Lyzeum, von Ostern 1923 ab das humanistische König-Wilhelms-Gymnasium, wo ich 1932 die Reifeprüfung bestand. Im Sommersemester 1932 besuchte ich die Universität Leipzig, im Wintersemester 1932/33 studierte ich in Innsbruck. Im Sommer 1933 habe ich freiwillig am Werkhalbjahr teilgenommen und in Germersheim (Rheinpfalz) Arbeitsdienst abgeleistet. Anschließend (W.-S. 1933/34, S.-S. 1934) setzte ich mein Studium in München fort und ging dann (W.-S. 1934/35 bis W.-S. 1935/36) nach Berlin.

Die vorliegende Arbeit wurde angeregt und in liebenswürdigster Weise gefördert durch Herrn Geheimrat Rabel, der mir auch die Benutzung der Bibliothek des Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht (Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften) ermöglichte. Ihm wie Herrn Professor Titze, der die Arbeit referierte, bin ich zu größtem Dank verpflichtet.